This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 196 440

Bd. May 1892

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 21, 1892

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3447

Verhandlungen

des

Zwanzigsten Deutschen Juristentages.

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

2 c
2

Zweiter Band.
(Gutachten.)

Berlin.
Commissions-Verlag von J. Guttentag.
(D. Collin.)
1889.

Digitized by Google

Rec. March 21, 1892

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Seite

XIII. Gutachten des Herrn Landrichter Dr. Koffka zu Berlin über die Frage:

Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden? 3

XIV. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Herman Veit Simon, Bankdirector in Berlin, über die Frage:

Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden? 33

XV. Gutachten des Herrn Professor Dr. Friedrich Endemann zu Königsberg über die Frage:

Empfiehlt es sich, im künftigen deutschen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Schenkungen aus dem vom Entwurf aufgestellten Gesichtspunkt des außerordentlichen Pflichttheils, oder aus dem des Uebermaßes festzusetzen? 46

XVI. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen über die Frage:

Empfiehlt es sich, im künftigen deutschen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Schenkungen aus dem vom Entwurf aufgestellten Gesichtspunkt des außerordentlichen Pflichttheils, oder aus dem des Uebermaßes festzusetzen? 70

XVII. Gutachten des Herrn Professor Dr. Otto Mayer in Straßburg über die Frage:

Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches beabsichtigten Weise zu beschränken? 92

XVIII. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Leonard Jacobi, Docenten der Rechte zu Berlin, über die Frage:

Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigten Weise zu beschränken? 110

Digitized by Google

XIX. Gutachten des Herrn Professor Dr. Brie zu Breslau über die Frage:
Ist es gerechtfertigt, an Stelle der Ehescheidungsstrafen in der Weise, wie der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs dies beabsichtigt, nur eine Verpflichtung des für den schuldigen Theil erklärten Ehegatten zur Gewährung des Unterhalts an den andern, der Unterstützung bedürftigen Ehegatten einzuführen? 235

XX. Gutachten des Herrn Oberlandesgerichtsrath Dr. Jaeckel in Posen über die Frage:
Wie soll der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" im Falle der Subhastation modificirt werden? 263

XXI. Gutachten des Herrn Professor Dr. Otto Fischer zu Greifswald über die Frage:
Wie soll der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" im Falle der Subhastation modificirt werden? 312

Ein dritter Band folgt nach.

Digitized by Google

Gutachten.

(Zweiter Band.)

Digitized by Google

Digitized by Google

XIII.

Gutachten des Herrn Landrichter Dr. Koffka zu Berlin

über die Frage:

Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen, oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden?

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich behandelt die Conventionalstrafe in den §§ 420—425 und erwähnt in denselben der Höhe der festzusetzenden Strafe nicht, so daß der Vereinbarung der Parteien in dieser Beziehung freier Spielraum gewährt ist. Die Motive zum Entwurf (Bd. II S. 278) bestätigen diese Thatsache und erklären nur ganz kurz, daß eine Beschränkung der Conventionalstrafe in Ansehung der Größe, sei es durch ein absolutes Verbot, sei es durch Bestimmung eines richterlichen Ermäßigungsrechts nicht angezeigt sei, und daß dieselbe, vorbehaltlich der reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Wucher, der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen solle.

Es fragt sich, ob es empfehlenswerth ist, diese im Entwurf erfolgte Regelung der Conventionalstrafe zum Gesetz zu erheben, oder ob es vielmehr angebracht erscheint, die Höhe der Strafe durch gesetzliche oder richterliche Schranken zu binden.

Handelt es sich nun hier auch um ein de lege ferenda abzugebendes Gutachten, d. h. um die Frage, welche Regelung für die Zukunft am zweckmäßigsten sein dürfte, so muß doch der zur Zeit, insbesondere in Deutschland, geltende Rechtszustand dabei in erster Linie berücksichtigt, und geprüft werden, ob eine und welche der in dieser Beziehung geltenden Rechtsordnungen sich zur allgemeinen Einführung empfiehlt.

Digitized by Google

I.

Was zunächst das gemeine Recht betrifft, so kennt dasselbe eine Beschränkung der Parteien hinsichtlich der Höhe der zu vereinbarenden Conventionalstrafe nicht. Zwar ist auf Grund der l. un. C. 7, 47 [1]) das Gegentheil behauptet worden; indessen mit Unrecht: denn diese Gesetzesstelle spricht zwar aus, daß das Interesse nicht über das duplum hinausgehen dürfe, Strafe und Interesse decken sich aber nicht nothwendig. Die Vertragsstrafe braucht nicht, oder mindestens nicht ausschließlich, das Interesse an der Nichterfüllung, bezüglich nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit darzustellen; sie kann vielmehr auch eine wirkliche Strafe sein, die den Schuldner, ganz unabhängig von dem Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung der Verbindlichkeit hat, dafür, daß er nicht, bezüglich nicht gehörig erfüllt hat, in seinem Vermögen treffen soll [2]). Wenigstens ist dies für das römische und gemeine Recht als das Richtige anzuerkennen.

Das preußische Landrecht [3]) allerdings definirt die Conventionalstrafe geradezu als das vertragsmäßig festgesetzte Interesse, indem es bestimmt, daß das Interesse, welches ein Contrahent dem andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergütigen hat, durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden kann, und weiter verordnet [4]), daß, wo eine solche Strafe festgesetzt worden, die Forderung eines höheren Interesses nicht stattfinden soll. Anders aber das römische Recht, welches anerkennt, daß eine Strafe festgesetzt werden kann, die nicht dazu bestimmt ist, die Stelle eines Ersatzes zu vertreten. „Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque condicio stipulationis [5]). Wollte Justinian deshalb auch die Höhe der festzusetzenden Conventionalstrafe beschränken, so mußte er in dem oben citirten Gesetze ausdrücklich eine Bestimmung darüber aufnehmen, daß auch als Strafe das duplum nicht festgesetzt werden dürfe. Und dies um so mehr, als an andern Stellen ausdrücklich bestimmt ist, daß die Höhe der Strafe dem Belieben der Parteien unter-

---

[1]) Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem minime excedere.

[2]) Windscheid, Pandekten, Bd. II § 285.

[3]) Th. I Tit. 5 § 292.

[4]) Daselbst, § 293.

[5]) l. 38 § 17 D. 45, 1.

Digitized by Google

liege[6]). So wird denn in der gemeinrechtlichen Literatur[7]) jetzt überwiegend anerkannt, daß die gedachte Constitution sich nicht auf die Conventionalstrafe bezieht.

Das ältere deutsche Recht kannte zunächst die Vertragsstrafen überhaupt nicht; es galten vielmehr für den Fall des Verzuges von Gesetzes wegen Verzugsstrafen. Stobbe[8]) bezeugt, daß den ältesten Rechtsquellen mit Ausnahme des westgothischen Rechts die Verpflichtung zur Leistung des Interesses fremd gewesen, daß, wer seine Verbindlichkeit nicht ordnungsmäßig erfüllt gehabt, insbesondere sich in mora befunden, dem Berechtigten eine Geldstrafe zu leisten gehabt habe, ohne Rücksicht darauf, ob der Nachtheil, den derselbe erlitten, größer oder geringer gewesen; der Schuldner aber sei, insofern die Leistung noch möglich gewesen, weiter verpflichtet geblieben[9]). Erst im späteren Mittelalter kamen die vertragsmäßigen Strafen auf. Während sich nämlich die Verzugsstrafen nur in einzelnen Anwendungsfällen erhalten haben, andererseits aber eine gesetzliche Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger Ersatz für den durch die Mora oder die nicht ordnungsmäßige Erfüllung entstandenen Schaden zu leisten, noch nicht anerkannt wurde, mußte sich der Gläubiger gegen den ihm aus der mora drohenden Schaden durch das bei Abschluß des Vertrages vom Schuldner abgegebene Versprechen, Schadensersatz zu leisten, sichern. Da nun diese Versprechungen in der Form abgegeben zu werden pflegten, daß der Schuldner den Schaden ersetzen solle, welchen den Gläubiger mit einfachen Worten behaupten würde, ohne daß es einer regelrechten Beweisführung bedürfe, oder daß der Gläubiger das Geld auf Schaden nehmen, d. h. das ihm geschuldete Geld bei Juden aufnehmen dürfe, und der Schuldner verpflichtet sein solle, diesem die vorgestreckte Summe mit Zinsen zu entrichten, so ergiebt sich, daß auch im deutschen Privatrecht eine Beschränkung hinsichtlich der Höhe der zu vereinbarenden Vertragsstrafe thatsächlich nicht existirte.

Die Reception des römischen Rechts in Deutschland ergab dann, wie im Obligationenrecht allgemein, so auch für den Begriff und die Festsetzungen der Conventionalstrafe einen einheitlichen Rechtszustand.

---

[6]) So heißt es in l. 32 pr. D. 4, 8: non distinguemus in compromissis, minor an major sit poena, quam res, de qua agitur.

[7]) Vangerow, Pandekten, Bd. III § 571, Sintenis, Civilrecht, Bd. II S. 111, Holzschuher Theorie und Casuistik Bd. III S. 344.

[8]) Privatrecht Bd. III § 182.

[9]) Vgl. auch Sickel: Die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland.

Digitized by Google

Zwar wurde, wie schon erwähnt, von manchen Rechtslehrern die Ansicht vertheidigt, daß die Conventionalstrafe der Beschränkung auf das duplum unterliege; Theorie und Praxis[10]) aber haben zumeist der Auffassung Geltung verschafft, daß die Höhe der Conventionalstrafe der freien Vereinbarung der Parteien anheimgegeben sei.

Allerdings aber ist hiermit nur das Princip ausgesprochen, welches indessen nicht ohne Einschränkung besteht. Denn das gemeine Recht gestattet auf Grund der Bestimmungen des römischen Rechtes nicht, daß die wegen verspäteter Lieferung von Forderungen bedungene Conventionalstrafe zur Umgehung der Zinsgesetze, zur Verschleierung eines Zinswuchers mißbraucht werden darf. So heißt es in l. 13 § 26 D. 19, 1: Si convenerit, ut ad diem pretio non soluto, venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit, diversamque causam commissoriae esse ait, quum ea specie, inquit, non foenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur, und gleiche Vorschriften enthalten die l. 9 pr., l. 44 D. 22, 1 und l. 15 C. 4, 3 . Dem entsprechend hat denn auch das Obertribunal zu Stuttgart in der bei Anm. 10 citirten Entscheidung angenommen, daß, wenn auch im Allgemeinen die Größe der Buße vom freien Ermessen der Parteien abhänge, dieselbe doch dann, wenn sie nur wegen verspäteter Leistung vertretbarer Sachen bedungen werde, nicht zur Umgehung der gesetzlichen Zinsbeschränkungen dienen dürfe[11]), und daß die Absicht einer Umgehung dieser Gesetze vermuthet werde, sobald die Buße den Betrag der erlaubten Zinsen übersteige.

Liegt in dieser Beschränkung auch eine wesentliche Modification des freien Vereinbarungsrechts der Parteien, so bleibt das Princip doch immer bestehen, und jene Beschränkung ist nur eine Ausnahme für den Fall, daß die Conventionalstrafe für verspätete Leistung versprochen wird. Insbesondere ist die nach freier Vereinbarung bedungene Conventionalstrafe auch dann ganz verfallen, wenn die principaliter geschuldete Leistung zum Theil erfüllt ist, und giebt es für diesen Fall kein Ermäßigungsrecht des Richters, wie beispielsweise im französischen Recht; es sei denn, daß eine gegentheilige Absicht der Contrahenten nachweisbar wäre[12]).

---

[10]) Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. III, Nr. 155; entgegengesetzt freilich das Oberlandesgericht zu Kassel bei Seuffert, Bd. XI Nr. 224.

[11]) Uebereinstimmend Vangerow Bd. III § 614 II.

[12]) Vergl. l. 9. § 1 D. 2, 11, Windscheid Bd. II § 285.

Digitized by Google

Von dem entgegengesetzten Princip geht das preußische Landrecht aus. Wie schon oben erwähnt, steht dasselbe schon insofern auf einem anderen Standpunkte, wie das gemeine Recht, als es die Conventionalstrafe nur als das vertragsmäßig fixirte Interesse für Nichterfüllung, bezüglich nicht rechtzeitige Erfüllung des Hauptvertrages ansieht. Das allgemeine Landrecht unterscheidet sodann Conventionalstrafen bei Darlehen und bei sonstigen Verträgen und bestimmt betreffs jener[13]), daß sie, wenn der Schuldner für den Fall, daß die Rückzahlung des Kapitals nicht zur bestimmten Zeit erfolgt, statt der Zinsen sich zu einer Conventionalstrafe verbunden hat, insoweit gültig sein sollen, als sie nicht über 6 Procent, bei Kaufleuten und Juden nicht über 8 Procent betragen, und daß, wenn Zinsen und Conventionalstrafe gleichzeitig bedungen sind, beide zusammen den Satz von 6, bezüglich 8 Procent nicht übersteigen dürfen. Die Höhe der Strafe ist also grundsätzlich gesetzlich geregelt. Bei andern Verträgen[14]) erklärt das Gesetz allerdings, daß die Bestimmung der Strafe von der Verabredung der Parteien abhängen soll; indessen muß der Richter, wenn der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesses überstiegen wird, die Strafe auf diesen doppelten Betrag ermäßigen. Gilt dies auch nur für den Fall, daß das Interesse einer Schätzung fähig ist, so ist der Grundsatz der Beschränkung doch aufgestellt. Aufgenommen aber ist diese Beschränkung in das Gesetzbuch, wie jetzt übereinstimmend angenommen wird[15]), auf Grund der oben citirten l. un. C. de sent. 7, 47. Und wenn die letztere auch nach der jetzt herrschenden Meinung in Theorie und Praxis diese Bedeutung nicht hat, so wurde sie doch zur Zeit der Emanation des Landrechts auch auf die Conventionalstrafe bezogen und ist daraufhin in das Gesetzbuch übergegangen. Das Landrecht enthält dann noch insofern weitere Beschränkungen, als es verbietet[16]), sich zu körperlichen, die Freiheit oder die Ehre verletzenden Strafen durch Verträge zu verpflichten, und als es ferner bestimmt[17]), daß auf den Fall der nicht gehörig entrichteten Strafe weder eine fernere Conventionalstrafe, noch Verzinsung vorbedungen werden darf.

---

[13]) §§ 825—826 Tit. 11 Th. I.

[14]) §§ 300—301 Tit. 5 Th. I.

[15]) Koch, Commtar zum A.L.R., Anm. 100 zu § 301 a. a. O., Eccius, Theorie 5. Aufl. Bd. I S. 730 Anm. 23, Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II § 40.

[16]) § 297 a. a. O.

[17]) § 304 a. a. O.

Digitized by Google

Das sächsische Gesetzbuch[18]) steht auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts, indem es die Größe der Strafe principiell dem Uebereinkommen der Parteien unterwirft und nur bestimmt, daß, wenn die Conventionalstrafe wegen verspäteter Entrichtung einer Geldschuld versprochen wird, sie mit Einschluß der etwa bedungenen Zinsen den Betrag der Zinsen, welche von der bestimmten Erfüllungszeit bis zur Entrichtung der Schuld erlaubter Weise versprochen werden dürfen, nicht übersteigen darf. Indessen ist diese Einschränkung schon durch das Gesetz vom 25. October 1864 gegenstandslos geworden, da dieses alle, die Ueberschreitung eines bestimmten Zinsfußes betreffenden Vorschriften aufgehoben und nur eine kurze Kündigungsfrist für diejenigen Verträge festgesetzt hat, in denen sich der Schuldner zu einer Verzinsung von mehr als 5 Procent verpflichtet hat. Nach neuestem sächsischen Rechte unterliegt hiernach die Conventionalstrafe durchaus der freien Vereinbarung der Parteien und ist durch keine gesetzliche Schranke mehr beengt[19]).

Aehnlich verhält es sich mit dem österreichischen Recht. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch[20]) verbietet, daß die wegen verzögerter Zahlung bei Darlehen bedungene Conventionalstrafe die höchsten rechtlichen Zinsen überschreitet, und verordnet weiter, daß in anderen Fällen der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen, wird, vom Richter zu ermäßigen ist. Die etwaige Uebermäßigkeit ist vom Schuldner, event. durch Sachverständige zu erweisen[21]). Diese letztere Bestimmung ist nun in Oesterreich im Uebrigen zwar noch jetzt geltenden Rechts; betreffs der Conventionalstrafen bei Darlehen und anderen creditirten Forderungen aber ist eine Aenderung durch das Gesetz vom 14. Juni 1868 eingetreten, indem dieses die bisher bestandenen gesetzlichen Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes und der Höhe der Conventionalstrafen bei den gedachten Rechtsgeschäften aufgehoben hat.

Nur für diese besteht deshalb die in Sachsen nach neuestem dortigen particularen Rechte allgemein in Kraft gewesene Freiheit bezüglich der Höhe der zu verabredenden Conventionalstrafen. Indessen ist auch für Darlehen und creditirte Forderungen in Oesterreich neuerdings wieder eine Beschränkung eingetreten durch das Gesetz vom 28. Mai 1881 be-

---

[18]) § 1430.

[19]) Die durch das Reichsgesetz betr. den Wucher gezogenen Schranken sollen hier noch unberücksichtigt bleiben.

[20]) § 1336.

[21]) Vgl. Stubenrauch, Commentar zum österr. bürgerl. Gesetzbuch 5. Aufl. von Schuster u. Schreiber Bd. II S. 702.

Digitized by Google

treffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften. Aehnlich dem noch zu besprechenden deutschen Wuchergesetze erklärt dieses Gesetz nämlich alle diejenigen Vereinbarungen, wodurch sich der Creditgeber unter Ausbeutung des Leichtsinns oder der ihm bekannten Nothlage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüthsaufregung des Creditnehmers solche Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche durch ihre Maßlosigkeit das wirthschaftliche Verderben des Creditnehmers herbeizuführen oder zu befördern geeignet sind, für nichtig. Eine unter diese Gesichtspunkte fallende Conventionalstrafe ist demnach nach jetzt geltendem Rechte nichtig und kann auch nicht auf den zulässigen Betrag vom Richter ermäßigt werden, obwohl dies von Stubenrauch[22]) gegen Randa[23]) behauptet wird. Wohl aber besteht dies Ermäßigungsrecht noch insoweit fort, als zwar die sonstigen Voraussetzungen des Wuchergesetzes nicht vorliegen, wohl aber vom Schuldner das Uebermaß der Conventionalstrafe behauptet und erwiesen wird.

Das französische Recht kennt zwei Beschränkungen der Parteien hinsichtlich der Höhe der festzusetzenden Conventionalstrafe. Die eine enthält der Art. 1231[24]) des code civil; der Richter ist nach dieser berechtigt, die bedungene Strafe dann zu ermäßigen, wenn die Verbindlichkeit nur theilweise unerfüllt geblieben ist. Die zweite ist eingeführt durch Gesetz vom 3. September 1807. Während nämlich nach Art. 1907 des code civil die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen unbeschränkt war, ist durch das gedachte Gesetz ein Zinsmaximum eingeführt worden, und gilt nunmehr das Ermäßigungsrecht des Richters auch dann, wenn die Conventionalstrafe wegen einer Geldzahlung bedungen ist und den gesetzlichen Zinsfuß überschreitet[25]).

Das französische Recht kennt demnach in diesen beiden Fällen ein gesetzliches, bezüglich ein richterliches Ermäßigungsrecht, überläßt aber im Uebrigen die Conventionalstrafe dem Ermessen der Parteien.

Nicht unerwähnt möge hier bleiben, daß auch nach dem neuesten Schweizer Recht[26]) principiell die Conventionalstrafe zwar der freien Vereinbarung unterliegt, indessen der Richter befugt ist, übermäßige

---

[22]) a. a. O. Anm. 1 S. 705.

[23]) Gerichtszeitung 1869 Nr. 77.

[24]) La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. Das Gleiche gilt nach Art. 1214 des italienischen G.B.

[25]) Zachariä v. Lingenthal, Französisches Civilrecht Bd. II § 310.

[26]) Art. 182 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

Digitized by Google

Strafen nach billigem Ermessen herabzusetzen. Das Ermäßigungsrecht des Richters geht hiernach noch weiter, wie das des französischen Rechts, da es nicht auf den Fall beschränkt ist, daß die Hauptverbindlichkeit nur theilweise erfüllt ist.

Auch die neueren deutschen Entwürfe zu Particulargesetzen haben die freie Vereinbarung der Parteien nicht, oder doch nicht im vollen Umfange anerkannt. Der bayerische Entwurf[27]) steht im Wesentlichen auf dem Standpunkt des französischen Rechts, indem er bestimmt, daß, wenn die Strafe für den Fall der gänzlichen Nichterfüllung der Verbindlichkeit bedungen ist, und der Gläubiger eine theilweise Erfüllung angenommen hat, die Strafe auf Antrag des Schuldners in einem dem Werthe der letzteren entsprechenden Verhältnisse zu mäßigen ist. Der hessische Entwurf aber[28]) kennt gar keine Freiheit der Parteien, sondern steht auf dem Standpunkt[29]), daß die Strafstipulation nicht zur Umgehung eines gesetzlichen Verbots oder zur Uebervortheilung des Schuldners gemißbraucht werden darf, so daß der Richter nicht nur dann das Recht der Ermäßigung hat, wenn der Betrag den gesetzlichen Zinsfuß überschreitet, sondern auch dann, wenn derselbe das höchste Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages haben kann, übersteigt.

Für Deutschland brachte eine durchgreifende Aenderung des bestehenden Rechts die Einführung des Handelsgesetzbuchs, welches im Art. 284 bestimmt, daß die Conventionalstrafe keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages unterliegt, daß sie das Doppelte des Interesses übersteigen kann, daß der Schuldner im Zweifel nicht berechtigt ist, sich durch Erlegung der Strafe von der Erfüllung zu befreien, und daß die Verabredung einer Conventionalstrafe im Zweifel den Anspruch auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadensersatz nicht ausschließt.

Diese Bestimmungen beziehen sich, wie an sich selbstverständlich, in den Nürnberger Protocollen[30]) aber auch noch ausdrücklich constatirt worden ist, nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte, welche vom Handelsgesetzbuch geregelt werden. Es sind demnach die im bürgerlichen Recht der Einzelstaaten bestehenden Beschränkungen durchweg für die nicht nach Handelsrecht zu beurtheilenden Rechtsgeschäfte aufrecht erhalten worden; immerhin ergreifen die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, insbeson-

---

[27]) Art. 49.

[28]) Art. 126—127.

[29]) Motive zum hessischen Entwurf S. 71.

[30]) S. daselbst S. 1310.

Digitized by Google

dere mit Rücksicht auf den weiten Begriff des „Kaufmanns“ (Artt. 4, 271) die bei weitem zahlreichsten aller vorkommenden Geschäfte. Hat nun das Handelsgesetzbuch seinem Wortlaut nach auch vollkommene Freiheit der Parteien hinsichtlich der Höhe der festzusetzenden Strafen eingeführt, so hat es doch damit die bestehenden, den Zinswucher betreffenden Gesetze nicht aufheben und Umgehungen derselben nicht gestatten wollen. Es ist dies auch ausdrücklich in den Nürnberger Protocollen constatirt worden, ohne daß man es indessen für nöthig erachtet hat, einen hierauf bezüglichen directen Ausspruch im Gesetze zu thun. Aber freilich konnte der Wucher bei Darlehen, die ein Kaufmann empfängt, nunmehr nicht lediglich in der Ueberschreitung des landesüblichen Zinsfußes gefunden werden, da Art. 292 des Handelsgesetzbuchs in diesem Falle ausdrücklich das Bedingen höherer Zinsen gestattet.

Noch eingreifender änderte sich der Rechtszustand Deutschlands dann durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, welches demnächst auch in den süddeutschen Staaten als Reichsgesetz eingeführt ist. Nachdem schon in verschiedenen deutschen Staaten die Wuchergesetze aufgehoben waren[31]), mußte auch Preußen, welches bereits zweimal, nämlich während der Jahre 1809—1810 und während der Handelskrisis des Jahres 1857 das bestehende Wucherrecht suspendirt hatte, bei Beginn des Krieges von 1866 die Wuchergesetze wiederum beseitigen, indem es durch die nachträglich von beiden Häusern des Landtages genehmigte Verordnung vom 12. Mai 1866 die Höhe der Zinsen für nicht hypothecirte Darlehen, sowie der Conventionalstrafen, die für unterlassene Zahlung solcher Darlehen versprochen wurden, der freien Vereinbarung der Parteien überließ.

Wie die Motive zu dieser Verordnung hervorheben, war es bei Beginn des Krieges nicht zu bezweifeln, daß die mit Wahrscheinlichkeit zu gewärtigende noch weitere Steigerung der Geldklemme für den creditsuchenden Theil der nicht zu den Kaufleuten gehörigen Gewerbetreibenden, insbesondere die Landwirthe, die drückendsten Folgen herbeiführen werde. Und so sehr auch von verschiedenen Seiten, insbesondere dem Abgeordneten Reichensperger[32]), gegen die Aufhebung der Zinsbeschränkungen

---

[31]) S. die ausführliche Nachweisung hierüber in dem Gutachten von Goldschmidt über die Aufhebung der Wuchergesetze in den Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages S. 227 ff.

[32]) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses von 1866 S. 386.

Digitized by Google

als unsittlich protestirt wurde, so wurde schließlich doch der Verordnung die verfassungsmäßige Zustimmung ertheilt.

Eine der ersten gesetzgeberischen Thaten aber des neu errichteten norddeutschen Bundes war es schon im Jahre 1867, die Zinsbeschränkungen für den ganzen Bund aufzuheben, nachdem sich kurz zuvor der 6. deutsche Juristentag einstimmig dafür ausgesprochen hatte[33]). Das Gesetz vom 14. November 1867, dessen Entwurf vom Abgeordneten Lasker im Reichstage eingebracht war, unterschied nun aber nicht mehr zwischen den chirographarischen und den hypothekarischen Darlehen, sondern unterstellte die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen jeder Art und für andere creditirte Forderungen, ferner — was hier am meisten interessirt — die Conventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst creditirten Forderung zu leisten sind, der freien Vereinbarung der Parteien. Die Wuchergesetzgebung war hiermit in der Hauptsache für den norddeutschen Bund und später für das deutsche Reich beseitigt, wenigstens soweit Darlehen und andere creditirte Forderungen in Frage kommen, und soweit es sich um die Höhe der Zinsen, bezüglich Conventionalstrafen handelt. Eine vollständige Aufhebung der Wuchergesetzgebung ist mit jenem Gesetze indessen nicht beabsichtigt gewesen und auch nicht erfolgt[34]). Betreffs der Freigabe der Höhe der Zinsen und Conventionalstrafen bei den gedachten Rechtsgeschäften war nun der Unterschied zwischen den dem Handelsgesetzbuch und den dem sonstigen bürgerlichen Recht unterliegenden Rechtsgeschäften beseitigt.

Nur für die nicht zu den Darlehen und sonstigen creditirten Forderungen gehörigen Rechtsgeschäfte blieb der frühere Rechtszustand bestehen, so daß in dieser Beziehung in Deutschland dieselbe Unterscheidung, wie in Oesterreich gilt. Seitdem nun aber ist in Theorie und Praxis streitig, was unter creditirten Forderungen im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist, und wie weit also die Zinsen und Conventionalstrafen frei vereinbart werden können. Während Förster[35]) zwar bei Besprechung der Conventionalstrafe dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend anführt, daß nunmehr ihre Höhe bei Darlehen und anderen creditirten Forderungen der freien Vereinbarung unterliegt, erklärt er bei Erörterung der Zinsverbindlichkeit, daß die Höhe des Zinssatzes bei allen Forderungen allein

---

[33]) Verhandlungen Bd. III S. 335.

[34]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. IV S. 53.

[35]) Theorie 3. Aufl. Bd. I § 68 S. 383 und § 107 S. 736.

Digitized by Google

der freien Vereinbarung unterworfen ist. Es ergiebt sich hieraus, daß er den Begriff der creditirten Forderungen für keinen beschränkten hält, daß nach seiner Ansicht demnach der Zusatz „creditirte" ein völlig überflüssiger ist. Und der gleichen Ansicht ist auch Hinschius[36]). Eccius[37]) dagegen erwähnt ausdrücklich, daß der Begriff der creditirten Forderung kein zweifelloser ist, und bezeichnet als eine solche eine Geldforderung, bei welcher die Zahlung abweichend von einem naturale negotii oder von einer früheren ausdrücklichen Bestimmung durch Willenserklärung des Gläubigers hinausgeschoben ist. Dernburg[38]) bezieht die Gesetzesbestimmung nur auf Strafen, welche ein Surrogat der Zinsen bilden und die längere Nutzung von Geld oder anderen Summen bedrohen. Mit Recht erklärt Randa[39]) den Ausdruck „creditirte Forderungen" für keinen glücklich gewählten, weil er kein juristisch technischer und deshalb ein zweifelhafter ist. Er will den Begriff der creditirten Forderungen auf solche Vertragsobligationen beschränken, welche die spätere Leistung einer Quantität von Fungibilien zum Gegenstande haben, da nur die Consequenz der Zinsfreiheit im österreichischen, wie im deutschen Gesetze zur Geltung habe gebracht werden sollen.

Das preußische Obertribunal aber endlich hat im Erkenntniß vom 20. Mai 1870[40]) ausdrücklich ausgesprochen, daß sich das Bundesgesetz nicht auf alle Forderuneen bezieht, sondern nur auf die creditirten. Betreffs dieser aber führt es aus, daß nicht jede durch Vertrag begründete Forderung, zu deren Berichtigung im Vertrage eine Frist bestimmt worden, ohne Rücksicht auf die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung eine creditirte sei; bei einem zweiseitigen Vertrage creditire der Contrahent, welcher vorleiste; er erfülle seinerseits in dem Vertrauen, daß auch der Contrahent seine Verbindlichkeit erfüllen werde. Eine Forderung werde creditirt, wenn der Gläubiger dem Schuldner zu deren Berichtigung eine über den bereits eingetretenen, oder doch früher eintretenden Fälligkeitstermin hinausgehende Frist bewillige.

Und dieser Ansicht wird man beipflichten müssen, da nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber etwas Ueberflüssiges hat sagen wollen und die Bezeichnung „creditirte" ohne Grund den Forderungen, für welche das Gesetz gegeben, hinzugefügt hat.

---

[36]) Zeitschrift für Rechtspflege II S. 34.
[37]) 5. Aufl. Bd. I § 107 S. 731.
[38]) Pr. Privatrecht Bd. II § 40.
[39]) Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe S. 39.
[40]) Entsch. Bd. 63 S. 60.

Digitized by Google

Es besteht hiernach für die Conventionalstrafe seitdem ein verschiedener Rechtszustand, je nachdem die Hauptverbindlichkeit der Regelung des Handelsgesetzbuchs oder der des allgemeinen bürgerlichen Rechts unterliegt. Ersterenfalls unterliegt die Conventionalstrafe bei allen Geschäften und in jeder Beziehung der freien Vereinbarung der Parteien, letzterenfalls nur bei Darlehen und creditirten Forderungen. Für die übrigen nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilenden Geschäfte ist es dagegen bei den Bestimmungen der einzelnen Particularrechte geblieben.

Eine Beschränkung aber ist in Oesterreich durch das gedachte Gesetz vom 28. Mai 1881 und in gleicher Weise in Deutschland durch das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 wieder eingeführt worden, indem durch dieselben derjenige, der unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit[41]) eines Anderen für ein Darlehn oder im Falle der Stundung einer Geldforderung sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falls die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wegen Wuchers mit Strafe bedroht wird, und gleichzeitig diejenigen Verträge, die gegen die gedachte Vorschrift verstoßen, für ungültig erklärt werden.

Diesem Gesetze unterstehen nun zur Zeit die sämmtlichen Rechtsgeschäfte, sei es, daß sie im Uebrigen nach Handelsrecht oder nach sonstigem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen sind. Kann an sich deshalb auch in Folge der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, bezüglich des Gesetzes vom 14. November 1867 die Conventionalstrafe in unbeschränkter Höhe normirt werden, so wird doch das Geschäft, und zwar sowohl das auf die Hauptleistung gerichtete, wie das Versprechen der Conventionalstrafe ungültig, sobald die übrigen Voraussetzungen des Wuchergesetzes vorliegen, d. h. eine Ausbeutung der Nothlage u. s. w. des Creditnehmers und das auffällige Mißverhältniß zur Hauptleistung. Die Verschiedenheiten, die in Deutschland hinsichtlich des Wucherbegriffs bisher existirten, sind damit allerdings fortgefallen; denn sowohl im gemeinen Recht, in welchem, wie oben erwähnt, die Conventionalstrafe dann, wenn sie wegen verspäteter Lieferung vertretbarer Sachen bedungen war, nicht zur Umgehung der Zinsgesetze mißbraucht werden durfte, wie im sächsischen Rechte, nach welchem die Strafe der freien Vereinbarung der Parteien völlig unterlag, sind die betreffenden Rechtsgeschäfte jetzt nur, aber auch immer dann un-

[41]) In Oesterreich, wie oben erwähnt, auch der Verstandesschwäche und Gemüthsaufregung.

Digitized by Google

gültig, wenn sie gegen jenes Reichsgesetz verstoßen. Nichtsdestoweniger besteht doch in Deutschland betreffs der Zulässigkeit der Höhe der zu vereinbarenden Conventionalstrafen noch kein einheitlicher Rechtszustand; denn im preußischen Recht unterliegt die Conventionalstrafe außer der gedachten, durch das Wuchergesetz eingeführten Beschränkung noch nach wie vor bei solchen Rechtsgeschäften, die nicht unter die Darlehen und sonstigen creditirten Forderungen zu subsumiren sind, der Bestimmung des § 301 Tit. 5 Th. I A.L.R., nach welcher die Strafe vom Richter bis auf den doppelten Betrag des Interesses zu ermäßigen, sofern das Interesse überhaupt einer Schätzung fähig ist. Und für die deutschen Gebietstheile des französischen Rechts gilt noch weiter die Vorschrift des Art. 1231 code civil, nach welcher der Richter die bedungene Strafe dann zu ermäßigen berechtigt ist, wenn die Verbindlichkeit nur theilweise unerfüllt geblieben ist, und zwar unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß ein nach bürgerlichem Recht zu beurtheilendes Rechtsgeschäft vorliegt, und die Strafe nicht für ein Darlehn, oder sonstige creditirte Forderung bedungen ist.

II.

Diesem Rechtszustande gegenüber muß nun das bürgerliche Gesetzbuch Stellung nehmen, und der Entwurf thut es in der Weise, daß er eine Beschränkung der Parteien in Festsetzung der Höhe der Conventionalstrafen nicht aufstellt, sie damit also der freien Vereinbarung der Parteien völlig überläßt, und dies in Uebereinstimmung mit dem in § 358 des Entwurfs ausgesprochenen Grundsatze, daß Zinsen zu jeder Höhe durch Vertrag bedungen werden können. Dieser letztere § 358 enthält allerdings noch die Beschränkung: „soweit nicht reichsgesetzliche Vorschriften über den Wucher entgegenstehen". Indessen, wenn diese Beschränkung in dem von der Conventionalstrafe handelnden Abschnitt auch fehlt, so ist eine entsprechende Vorschrift doch nur deshalb nicht aufgenommen, weil in diesem Abschnitte Bestimmungen über die Höhe der Strafe überhaupt nicht enthalten sind. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die reichsgesetzlichen Vorschriften über den Wucher auch für die Conventionalstrafen in Anwendung kommen sollen, und die Motive bestätigen dies, wie erwähnt, ausdrücklich. Dem entsprechend wird auch durch den Entwurf des Einführungsgesetzes das Gesetz betreffend den Wucher nicht aufgehoben. Es soll demnach neben dem bürgerlichen Gesetzbuch fortbestehen und muß sich deshalb auch inhaltlich seiner Vorschriften auf die Conventionalstrafen mitbeziehen.

Digitized by Google

Der Art. 21 des gedachten Einführungsgesetzes hebt nun zwar das gedachte Bundesgesetz vom 14. November 1867 ausdrücklich auf, indessen[42]) keineswegs in der Absicht, damit die früheren Beschränkungen betreffs des Zinsmaximums und der Höhe der Conventionalstrafen bei Darlehen und creditirten Forderungen wieder einzuführen, sondern lediglich deshalb, weil die Bestimmungen des Gesetzes nunmehr inhaltlich in das bürgerliche Gesetzbuch, wenn auch in veränderter Form aufgenommen sind. Der Entwurf beschränkt die freie Vereinbarung betreffs der Höhe der Zinsen und Conventionalstrafen nicht mehr, wie jenes Gesetz, auf Darlehen und creditirte Forderungen und kennt die Befugniß des Schuldners, welcher sich dem Gläubiger zu einem höheren Zinssatz als 6 Prozent verpflichtet hat, zu einer halbjährigen Kündigung nicht mehr. Der Entwurf geht demnach noch weiter in der den Parteien zu gewährenden Vertragsfreiheit, als das Gesetz vom 14. November 1867, und deshalb erscheint es auch geboten, das letztere ausdrücklich aufzuheben.

Im Wesentlichen hält der Entwurf hiernach aber nur das bestehende Recht aufrecht; denn die wenigen Beschränkungen, die er noch beseitigt, sind geringfügige; in der Hauptsache war die Freiheit schon durch das gedachte Bundesgesetz eingeführt. Wenn es sich nun darum handelt, diese Bestimmungen auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu prüfen, so wird man auf die in den bisher geltenden Gesetzen bestehenden Beschränkungen näher eingehen und fragen müssen, ob diese irgendwie von Nutzen sind.

Das preußische Landrecht gestattet, wie erwähnt, nicht, daß die Strafe das Doppelte des wirklich auszumittelnden Interesses übersteigt, und ferner nicht, daß für die Nichterfüllung des Strafvertrages weiter eine Strafe, oder eine Verzinsung derselben bedungen werden dürfe. Die erstgedachte Beschränkung aber kann ihrer Natur nach nur dann Platz greifen, wenn das Interesse überhaupt zu ermitteln ist, weshalb das Landrecht auch ausdrücklich bestimmt, daß, wenn das Interesse gar keiner Schätzung fähig ist, es bei dem verabredeten Vertrage sein Bewenden behält. Eine derartige Unterscheidung verdient nach meinem Dafürhalten gar keine Billigung. Zwar ist anzuerkennen, daß es sehr schwer ist, für solche Fälle, in denen das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung, bezüglich gehörigen Erfüllung nicht schätzbar ist, die richtige Grenze für die festzusetzende Conventionalstrafe zu bestimmen; allein deshalb ist doch die Unterscheidung nicht weniger inconsequent und unzweckmäßig. Der ganze Zweck der Beschränkung der Conventionalstrafen ist und kann, wie

[42]) Vgl. Motive S. 134.

Digitized by Google

der der Zinsbeschränkung, nur darin bestehen, den Schuldner vor dem Drängen allzu habgieriger Gläubiger und vor Uebervortheilungen durch dieselben zu bewahren. Durch eine derartige Handlungsweise des Gläubigers aber wird der Schuldner nicht minder dann bedrückt, wenn des Gläubigers Interesse schätzbar, als dann, wenn es unschätzbar ist. Der eine Schuldner verdient deshalb — vorausgesetzt, daß die gesetzliche Beschränkung dem Schuldner wirklich zum Schutz und Vortheil gereicht — nicht minder den Schutz des Gesetzes, wie der andere Schuldner. Diese Unterscheidung des Landrechts kann deshalb keinesfalls als gerechtfertigt anerkannt werden. Ist es aber überhaupt gerechtfertigt, die Freiheit der Parteien in der Weise, wie es das preußische Landrecht thut, einzuschränken?

Die Vorschrift des § 301 Tit. 5 Th. I hängt jedenfalls zusammen mit der Begriffsbestimmung des Landrechts von der Conventionalstrafe, nach welcher sie das im Voraus zwischen den Parteien verabredete Interesse an der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages ist. Zwar ist trotz der Bestimmung des § 292 a. a. O., insbesondere vom Reichsoberhandelsgericht[43]) auch für das preußische Recht angenommen worden, daß die Conventionalstrafe auch als Bestärkungsmittel, bezüglich als die Unterwerfung unter eine Privatstrafe zu beurtheilen ist, weil, wenn auch im Gesetze ein anderer Zweck, als der der Ausgleichung eines Vermögensnachtheils nicht ausdrücklich anerkannt sei, doch anzunehmen sei, daß die Bestimmungen des Landrechts nur das Hauptgewicht auf den gedachten Zweck legten. Denn der § 303 a. a. O. gestatte die Verabredung einer Conventionalstrafe zur Verhütung eines Verbrechens, also auch für den Fall, daß ein Hauptvertrag gar nicht geschlossen sei, so daß von einem durch die Conventionalstrafe zu vergütenden Interesse der Vertragserfüllung keine Rede sein könne. Es würde ferner nach dem Reichsoberhandelsgericht eine Inconsequenz sein, daß der § 301 a. a. O. die Ermäßigung der Strafe nur für den Fall des wirklich zu ermittelnden Interesses festsetze, nicht aber allgemein dem Verpflichteten gestatte, die Herabsetzung der Conventionalstrafe auf den Betrag zu verlangen, von dem er nachweise, daß durch ihn das Interesse des Berechtigten vollständig erschöpft werde. Ferner könne für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts einer auflösenden Bedingung eine Conventionalstrafe bedungen werden, mithin auch für einen Erfolg, der von einer Thätigkeit oder Unterlassung des Verpflichteten ganz unabhängig sei, und somit für Fälle, in denen eine Erfüllung oder Nichterfüllung gar nicht in Frage komme; endlich könne

---

[43]) Entsch. Bd. 16 S. 397.

Digitized by Google

die Conventionalstrafe, welche einem Dritten zufallen solle, von diesem nicht eher gefordert werden, bis der Contrahent, zu dessen Sicherheit sie bedungen worden, auf Entrichtung derselben antrage; hier sei die Conventionalstrafe vom Gesetze selbst als Sicherungsmittel hingestellt.

Diesen Ausführungen kann meines Erachtens indessen nicht zugestimmt werden, da das Landrecht eben nur jenen Zweck der Conventionalstrafe, als vereinbartes Interesse für nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages zu dienen, bezeichnet und offenbar nur hieran bei seinen Bestimmungen gedacht hat, wie schon daraus zu schließen, daß das Gesetz von der Verstärkung der Verträge an ganz anderer Stelle und nicht im Zusammenhang mit der Conventionalstrafe spricht. Die Vorschrift des § 308 a. a. O., daß die für einen Dritten bedungene Conventionalstrafe diesem erst dann zufallen soll, wenn der Contrahent, „zu dessen Sicherheit" sie bedungen, auf deren Entrichtung anträgt, ergiebt nicht mit Nothwendigkeit, daß das Gesetz als einen Zweck der Strafe hat hinstellen wollen, als Sicherungs- bezüglich Verstärkungsmittel zu dienen, wenn sie auch selbstverständlich neben jenem Hauptzwecke als solches wirken kann. Der vom Reichsoberhandelsgericht ferner angezogene § 124 Tit. 4 Th. I A.L.R. aber setzt gerade eine Verpflichtung zur Rückgewähr des Rechts für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung voraus und bestimmt, daß für diesen Fall das Interesse im Voraus vereinbart werden kann. Wenn aber nach § 303 Tit. 5 Th. I eine Conventionalstrafe auch zur Verhütung eines Verbrechens verabredet werden kann, so setzt doch dies Versprechen ebenfalls einen auf Unterlassung des Verbrechens gerichteten Hauptvertrag voraus.

Es ist deshalb meines Erachtens der zutreffenden Ausführung von Ecciu[44]) überall beizupflichten, der auch nach der vom Reichsoberhandelsgericht erfolgten Verwerfung der Förster'schen Ansicht bei der letztern Meinung geblieben ist.

Nun mag es zwar unter Umständen dann sich rechtfertigen lassen, die Conventionalstrafe in ihrer Höhe zu beschränken, wenn sie wie im preußischen Landrecht nur das vertragsmäßig vereinbarte Interesse decken soll; keinesfalls aber erscheint diese Regelung dann als angemessen, wenn die Conventionalstrafe auch als wirkliche Strafe für nicht gehörige Vertragserfüllung und damit als Verstärkungsmittel der Verträge dienen soll. An sich aber ist es gewiß richtig, die Conventionalstrafe auch diesem Zwecke

---

[44]) Bd. I § 107 S. 727 A. 3; anderer Ansicht Dernburg Bd. II § 39.

Digitized by Google

dienstbar zu machen[45]); denn die Absicht der Parteien geht in vielen Fällen wenigstens sicher dahin, den Schuldner durch Ausbedingung einer Strafe zur Erfüllung der von ihm übernommenen Verbindlichkeit um so sicherer anzuhalten.

Uebereinstimmend wird denn auch für das gemeine Recht die Conventionalstrafe als Verstärkungsmittel für Verträge angesehen. Die l. 71 D. 45, 1 bestimmt ausdrücklich: „Cum quid ut fiat, stipulamur poenam, sic recte concipiemus: si ita factum non erit; cum quid ne fiat, sic: si adversus id factum sit[46]). Das gemeine Recht kennt deshalb auch keine weitere Beschränkung der Conventionalstrafe, als daß die gesetzlichen Zinsverbote durch dieselben nicht umgangen werden dürfen, eine Beschränkung, welche das preußische Landrecht für die bei Darlehen ausbedungenen Conventionalstrafen, wie erwähnt, noch besonders aufgestellt hat.

Auf dem gleichen Standpunkt, wie das gemeine, steht auch das französische Recht; denn wenn dasselbe auch im Art. 1229 des code civil bestimmt: „La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale", so spricht es doch im Art. 1226 weiter aus: „La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution." Die Conventionalstrafe wird demnach als Sicherungsmittel von Verträgen ausdrücklich hingestellt.

Während das österreichische Recht[47]) von derselben Theorie ausgeht, wie das preußische Landrecht, stellt sich der deutsche Entwurf wieder auf den richtigen Standpunkt. Er giebt dem Gläubiger das Recht[48]), entweder die Hauptleistung oder die Strafleistung, und wenn wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung statt dieser Schadensersatz verlangt werden kann, Schadensersatz oder Strafleistung zu verlangen. Damit aber ist anerkannt, daß die Conventionalstrafe nicht nur dazu dienen kann und soll, dem Gläubiger die Interesseforderung zu erleichtern, sondern auch als Zwangsmittel gegen den Schuldner zu wirken[49]).

---

[45]) A. M. Bähr: Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich S. 64, welcher sagt, daß der Grundsatz des preußischen Landrechts, des österreichischen G.B. und des code civil, daß im Zweifel die vereinbarte Conventionalstrafe das Vertragsinteresse fixire, das gesündere Recht enthalte.

[46]) Vgl. auch l. 115 § 2 D. 45, 1.

[47]) § 1336 des österr. bürgerl. G.B., Stubenrauch, Commentar, S. 702ff. Nr. 2 und 4.

[48]) § 420 des Entwurfs.

[49]) Vgl. auch Motive Bd. II S. 275.

Digitized by Google

Von diesem Standpunkte aus läßt sich aber meines Erachtens eine Beschränkung der Conventionalstrafen nicht rechtfertigen, sofern sie weiter geht, als die Bestimmungen des Wuchergesetzes. Jedes Privatrecht muß davon ausgehen, daß die demselben angehörigen Verträge der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen — pacta dant legem contractibus —, und daß eine staatliche Beschränkung nur dann und insoweit eingreifen darf, als das öffentliche Interesse es erfordert. Nun kann es ja keinem Bedenken unterliegen, daß das öffentliche Interesse dann berührt wird, wenn eine große Anzahl von Schuldnern in ihrer Existenz wirthschaftlich durch Ausbeutungen seitens der Gläubiger ruinirt wird, wenn durch die bestehende Freiheit die Unsittlichkeit befördert, und das Rechtsbewußtsein des Volkes verletzt wird. Und von diesem Gesichtspunkt aus sind auch die früheren Zinsverbote, bezüglich Beschränkungen der Zinsen, wie der Conventionalstrafen gerechtfertigt worden. Die Praxis hat indessen gelehrt, daß derartige Beschränkungen den beabsichtigten Zweck nicht erreichen. Die Umgehungen der früheren Wuchergesetze waren sehr häufig; der Nothstand der Schuldner warf diese trotz aller entgegenstehenden Gesetze in die Hände der Wucherer, und unter allen möglichen Formen wurden denselben so viele Vortheile gewährt, daß sie thatsächlich bedeutend höhere als die erlaubten Zinsen für die Gewährung von Capitalien versprochen, bezüglich gewährt erhielten.

Das öffentliche Interesse, welches für eine Beschränkung der Conventionalstrafen angezogen werden kann, verdient nach Obigem aus dreierlei Arten von Gründen berücksichtigt zu werden, aus volkswirthschaftlichen, juristischen und endlich sittlichen. Keiner dieser nunmehr zu erörternden Gründe aber erweist meines Erachtens mehr, als daß es bei dem in Geltung befindlichen Wuchergesetze sein Bewenden zu behalten hat.

Was die volkswirthschaftlichen Gründe betrifft, so läßt sich eine Beschränkung der Freiheit in Stipulirung der Zinsen und Conventionalstrafen, wie die Geschichte darthut, nur durchführen, solange Handel und Verkehr darniederliegen[50]). Sobald dieselben aufzublühen beginnen, sind die Beschränkungen nicht aufrecht zu erhalten. Die Capitalien werden gebraucht, und je größer die Nachfrage nach denselben wird, desto theurer wird naturgemäß die Waare, hier das Capital, und die Zinsverbote werden so gewissermaßen mit Nothwendigkeit umgangen. Im römischen Recht hat es allerdings stets bestimmte Zinstaxen gegeben; indessen waren

[50]) Vgl. hierüber das Gutachten von Goldschmidt in den Verhandlungen des 6. Juristentages Bd. I S. 227.

Digitized by Google

dieselben zu der Zeit der classischen Jurisprudenz, als Handel und Verkehr in hoher Blüthe standen, auf 12 Procent festgesetzt worden, und bei einem so hohen Zinsmaximum, das einer Zinsfreiheit fast gleichkam, konnte sich dann der Verkehr ungehindert bewegen. Erst in der späteren Kaiserzeit und dann besonders durch Justinian wurden engere Zinsschranken wieder eingeführt. Zur damaligen Zeit aber war das Anlegen von Capitalien in andern Werthen als in fruchttragenden Grundstücken auch eine derartig unsichere Sache geworden, daß den Vormündern durch Novelle 72 c. 4—6 dies so gut wie untersagt wurde, und sie das Anlegen nur auf eigene Gefahr vornehmen durften. Bekanntlich verbot dann das kanonische Recht das Zinsennehmen gänzlich. Doch konnte dies Zinsverbot nicht lange durchgeführt werden; es wurde in der Praxis umgangen, insbesondere durch das Institut des Rentenkaufs und andere Surrogate des Darlehns, bis dann endlich die deutschen Stadt- und Landrechte, und auch die Reichsgesetzgebung zum Justinianischen Recht zurückkehrten.

Aber auch die in diesem gesetzten Schranken haben sich nicht aufrecht erhalten lassen, und schließlich ist man doch zu einer Aufhebung aller Zinstaxen, zunächst im Handelsrecht, sodann aber auch im allgemeinen bürgerlichen Recht genöthigt gewesen. Würde bei Bestehen der gesetzlichen Zinsschranken eine geringere Zahl von Schuldnern in ihrer wirthschaftlichen Existenz ruinirt, dann allerdings ließe sich die Wiedereinführung der Beschränkung des Zinsfußes, wie der Höhe der Conventionalstrafen rechtfertigen. Allein thatsächlich ist dies nicht der Fall. Derjenige, welcher sich Geld nur zu Wucherzinsen verschaffen kann, ist in der Regel in seinen Verhältnissen bereits so gedrückt, daß er, wenn er kein Capital in die Hände bekommt, sehr bald ohne Weiteres ruinirt sein wird. Er wird demnach unter Umständen wenigstens durch den ihm, wenn auch zu hohen Bedingungen, gewährten Credit in eine bessere Lage kommen. Es ist aber auch nicht gerechtfertigt, wenn man bei der Frage der Freiheit, bezüglich Beschränkung des Zinsfußes oder der Höhe der Conventionalstrafen nur diejenigen Fälle berücksichtigt, in denen geldbedürftigen Privatpersonen, die sich in augenblicklicher oder dauernder Geldverlegenheit befinden, Gelder zu schweren Bedingungen gegeben werden. Es mögen dies zwar häufige Fälle sein, es sind aber jedenfalls nicht die einzigen und vielleicht auch nicht die wichtigsten. Die Hingabe von Capitalien gegen hohe Zinsen erfolgt nicht nur an wirthschaftlich bedrängte Personen, sondern, und vielleicht noch häufiger und zu größeren Beträgen, für vielleicht sehr gewinnbringende, aber auch von vornherein unsichere und gefährliche Unternehmungen. Sollen diese Unternehmungen,

Digitized by Google

die der Gesammtheit sehr von Nutzen sein können, dennoch nicht zu Stande kommen, weil ihnen die Beschränkung des Zinssatzes nicht die nöthigen Capitalien zukommen läßt? Es würde dies eine nothwendige und volkswirthschaftlich sehr ungünstige Folge der Zinsbeschränkungen sein.

Die Zinsbeschränkungen widersprechen, wie Schulze-Delitzsch[51]) zutreffend ausgeführt hat, dem Wesen des Credits und hemmen denselben; denn das Capital läßt sich innerhalb der Grenzen eines Landes nicht festhalten; wird es daher im Inlande durch Zinstaxen beschränkt, so wendet es sich naturgemäß dem Auslande zu. Dies aber ist nationalökonomisch jedenfalls von größtem Nachtheile.

Es wird von volkswirthschaftlichem Gesichtspunkte dann ferner geltend gemacht, daß durch gesetzliche Zinsschranken ein niedriger Zinsfuß hergestellt werde. Auch dies ist keineswegs der Fall. Einmal wird sich, wie schon erwähnt, vielmehr das im Inlande beschränkte Capital dem Auslande zuwenden, und sodann lehrt die Erfahrung, daß zur Zeit des Bestehens der gesetzlichen Zinsschranken der übliche Zinsfuß ein viel höherer gewesen ist, als zur Zeit der Zinsenfreiheit. Wie viele Befürchtungen sind in dieser Beziehung nicht in den Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses[52]) bei Gelegenheit der Berathung über die Verordnung vom 12. Mai 1866 und in denen des norddeutschen Reichstages[53]) bei Berathung des Gesetzes vom 14. November 1867 laut geworden, und gerade seit jener Zeit ist der Zinsfuß im Deutschen Reich immer mehr heruntergegangen, in einer Weise, daß in der juristischen Gesellschaft zu Berlin schon das Bedenken angeregt worden ist, ob sich die Bestimmung des Entwurfes[54]) aufrecht erhalten lassen dürfte, daß als landesüblicher Zinsfuß der von fünf Procent zu gelten hat.[55])

Die seitens der Gegner jener Gesetze vorausgesagten Gefahren haben sich also in dieser Beziehung durchaus nicht verwirklicht; im Gegentheil ist der gegenwärtige Zinsfuß ein so geringer, wie kaum je. Es gilt sonach auch für das Capital einfach der alte, von den Gegnern der Zinsfreiheit freilich verleugnete volkswirthschaftliche Grundsatz von Angebot

---

[51]) Stenographische Berichte über die Reichstagsverhandlungen von 1867 S. 338.

[52]) Stenographische Berichte von 1866 S. 383 ff.

[53]) Stenographische Berichte von 1867 S. 338 ff.

[54]) § 248 d. Entw.

[55]) Ebenso R. Koch: Geld und Werthpapiere, eine Besprechung der für den Bankverkehr erheblichen Bestimmungen des Entwurfs S. 19.

Digitized by Google

und Nachfrage. Nach ihm allein regelt sich der Preis des Capitals, der sich im Zinssatze ausdrückt.

Wenn Roscher trotz aller Nachtheile, die die Zinstaxen nationalökonomisch im Gefolge haben, sich gleichwohl[56]) nicht für völlige Aufhebung der früheren Wuchergesetze ausspricht, so thut er dies mit der Begründung, daß der Staat sich hüten solle, seine Richter in die Lage zu versetzen, daß sie zwangsweise zur Durchführung unsittlicher Verträge mitwirken müßten. Gewiß soll dies der Staat nicht; aber die Frage ist, ob in dem Nehmen hoher Zinsen allein eine Unsittlichkeit zu sehen ist, und hiervon wird noch unten die Rede sein.

Auch Rau[57]) erklärt sich zwar für Aufhebung der früheren Wuchergesetze, aber doch unter großen Kautelen, und namentlich will er immer einen gesetzlichen Zinsfuß beibehalten, der den Gerichten bei der Zuerkennung von Zinsen als Richtschnur dient. Ein beträchtliches Ueberschreiten dieses gesetzlichen Zinses soll als Wucher erachtet werden. Diese Art der Regelung kann aber am allerwenigsten als richtig anerkannt werden, da hiernach der Wucher immer nur in dem Nehmen hoher Procente zu sehen wäre, und die Contrahenten von vornherein nicht einmal wüßten, welcher Zinssatz künftig vom Gericht als übermäßig angesehen werden würde. Rau hält aber doch auch die volkswirthschaftlichen Gründe, welche für Beibehaltung der alten Wuchergesetze angeführt werden können, nicht für durchschlagend, ihm sind die sittlichen Gründe die entscheidenden.

Läßt sich hiernach aus volkswirthschaftlichen Gründen die Beschränkung des Zinsfußes und damit der Conventionalstrafen bei Gewährung von Darlehen nicht rechtfertigen, so sprechen juristische Gründe ganz entschieden gegen eine derartige Beschränkung. Wie schon Goldschmidt in dem bei Note 50 gedachten Gutachten ausgeführt hat, sind diejenigen Gesetze juristisch die bedenklichsten, welche sich ohne Gefahr umgehen lassen. Zu diesen so leicht zu umgehenden Gesetzen gehörten aber von jeher die früheren Wuchergesetze, die einen Wucher lediglich in der Ueberschreitung des Zinsfußes sehen, da an der Umgehung derselben beide Parteien, der Gläubiger und der Schuldner, der anderenfalls kein Geld geliehen erhalten würde, interessirt sind. Niemals, solange diese Gesetze in Kraft waren, ist es gelungen, einer Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes irgendwie energisch entgegenzutreten. Die Motive zum preußischen

---

[56]) Grundlagen der Nationalökonomie §§ 192—193, andererseits § 194.

[57]) Grundsätze der Volkswirthschaftspflege Bd. II § 323.

Digitized by Google

Gesetzentwurfe von 1860 bezeugen dies ganz ausdrücklich. Abgesehen hiervon aber muß es auch als ungerecht bezeichnet werden, unter Nichtberücksichtigung des einzelnen Falles von Gesetzes wegen den Preis festzulegen, zu welchem ein Capital nur ausgeliehen werden darf, ganz unbekümmert darum, welches Risiko der Capitalgeber bei Hingabe des Darlehns eingeht. Es ist zweifellos gerechter, die Risicoprämie zu berücksichtigen und deshalb nicht durch das Gesetz den Zinsfuß für alle Fälle einheitlich zu fixiren.

Diesem Bedenken könnte nun dadurch begegnet werden, daß man dem Richter ein Ermäßigungsrecht gewährt, wie es das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im § 1336, zum Theil der Art. 1231 des code civil, ferner Art. 49 des bayerischen Entwurfs und Art. 126—127 des hessischen Entwurfs und neuerdings wieder der Art. 182 des Schweizer Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 thun. Diese Regelung empfiehlt sich aber auch nicht. Nichts ist nach meinem Dafürhalten gefährlicher, als den Richter in dieser Beziehung zum arbiter zu machen, sein billiges Ermessen zur Richtschnur dafür zu bestimmen, was die Parteien unter sich auszubedingen berechtigt sind. In der Regel wird der Richter von den Parteien doch nicht so weit, als dies nöthig wäre, in die innersten Verhältnisse und jedweden Grund für die stattgehabte Festsetzung des Zinsfußes, bezüglich der Conventionalstrafe, eingeweiht werden, so daß es ihm schon deshalb nicht möglich ist, mit Sicherheit das Richtige zu treffen. Aber auch selbst wenn dies der Fall ist, wird der Richter in vielen Fällen die Verhältnisse des Verkehrs und die Anschauungen der Kreise der Parteien nicht so genau kennen, um eine sachgemäße Entscheidung fällen zu können. Aufgabe des Richters ist es, das bestehende Gesetz auf die Rechtsverhältnisse der Parteien in Anwendung zu bringen, nicht aber in gewisser Weise durch sein Ermessen erst selbst Recht für die Parteien zu schaffen. Mit einer solchen Aufgabe wird der Richter von dem, was ihm zu thun nach der Natur der Sache obliegt, entfernt, und es wird das nie zum Nutzen und zum Heile der Parteien, wie der Rechtsprechung ausfallen.

Wenn Bluntschli[58]) diese Gesetzesbestimmung durch den mit der Conventionalstrafe häufig getriebenen Mißbrauch zu rechtfertigen sucht und den Umstand geltend macht, daß in Folge der ungemessenen Höhe der Strafe das Rechtsgefühl des Richters sich sträubt, die offenbar ruinirende

[58]) Vgl. Schneider und Fick, Schweizer Obligationenrecht Anm. 2 zu Art. 182.

Digitized by Google

Consequenz des Vertrages gut zu heißen, so daß derselbe verleitet wird, nur um die unbilligen Folgen zu lindern, aus irgend einer Nebenerwägung eher auszusprechen, die Bedingung der Conventionalstrafe sei nicht eingetreten, und die ganze Strafe zu streichen, so ist ja nicht zu verkennen, daß solche Erwägungen bei einem Richter eintreten können. Dieser Umstand kann aber nicht geeignet sein, ein so wichtiges Princip, wie das des Ermäßigungsrechts des Richters, also des Rechtschaffens durch den Richter, statt durch das Gesetz in die Gesetzgebung einzuführen. Der freilich mögliche Mißbrauch der Parteien bei freier Bestimmung über die Höhe der Conventionalstrafe darf nicht dazu führen, den Richter aus Zweckmäßigkeitsgründen, statt aus Rechtsgründen das Recht finden zu lassen. Die vielleicht in manchen Fällen gut angebrachte Zweckmäßigkeit kann in ebenso vielen anderen Fällen zum größten Nachtheile ausschlagen. Es kommt dazu, daß bei einem solchen Rechte des Richters die Parteien sich bei Abschluß ihrer Verträge, bei Berücksichtigung des durch die Conventionalstrafe zu sichernden Interesses und Schadens in einer ganz unklaren Sachlage befinden. Sie können nie mit Sicherheit berechnen, ob der Richter das von ihnen wohl erwogene und dementsprechend vertragsmäßig festgesetzte Interesse auch als solches anerkennen, ob er nicht von seinem Standpunkte dasselbe für unberechtigt halten und die Strafe eintretenden Falles ermäßigen wird. Der vermeintlich dadurch bewirkte Schutz des Schuldners kann zu einer großen Härte gegen den Gläubiger führen, und nicht in jedem Falle ist es ja der Schuldner, welcher des Schutzes würdig und bedürftig ist. Erwägt man hierzu noch, daß die Conventionalstrafe nur dann verfällt, wenn der Schuldner in Verzug geräth, ihn also ein Verschulden[59]) trifft, für welches er eben aufzukommen hat, so muß man offenbar zu dem Schluß kommen, daß auch juristische Gründe eine Beschränkung der Höhe der Conventionalstrafe nicht rechtfertigen, und zwar weder eine Beschränkung durch das Gesetz direct, noch eine solche durch das dem Richter beizulegende Ermäßigungsrecht.

Es bleibt deshalb nur die dritte Art der Gründe übrig, die der Sittlichkeit, der Moral. In dieser Beziehung hat der Abgeordnete Reichensperger gelegentlich der Berathung der preußischen Verordnung vom 12. Mai 1866[60]) im Abgeordnetenhause gefragt, ob es etwa nicht

---

[59]) So für das gemeine Recht Windscheid Bd. II § 285 Nr. 3, für das preußische Recht Dernburg Bd. II § 39 Nr. 3, Eccius Bd. I S. 732, ebenso der deutsche Entwurf, sofern die Verbindlichkeit nicht in einem Unterlassen besteht, § 422 und Motive dazu Bd. II S. 278.

[60]) Stenographische Berichte S. 386.

Digitized by Google

gegen die guten Sitten sei, die Noth, die Unerfahrenheit Anderer zu benutzen zur Erzielung unberechtigter, den natürlichen Verhältnissen nicht entsprechender Vortheile. Es wird Niemand dies bestreiten wollen. Die Frage aber ist, ob dem entgegen getreten wird durch Beschränkung des Zinsfußes, bezüglich der Höhe der Conventionalstrafe. Und diese Frage ist sowohl zu jener Zeit durch das Abgeordnetenhaus, wie im Jahre darauf durch den norddeutschen Reichstag in Uebereinstimmung mit den Regierungen verneint worden. Die Motive zum Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 sprechen mit Recht aus,[61]) daß nach der Anschauung des Volkes nicht derjenige ein Wucherer ist, welcher sich einige Procent über den üblichen Zinsfuß ausbedingt, sondern derjenige, welcher den Hang Leichtsinniger, die Schwäche Geschäftsunkundiger, oder die Noth Bedrängter zu übermäßigem Gewinn ausnutzt.

So richtig also auch an sich die Reichensperger'sche Ansicht ist, daß der Staat durch seine Gesetzgebung unsittliche Rechtsgeschäfte nicht schützen dürfe, so kann doch eben nicht anerkannt werden, daß die Forderung hoher Procente allein ein Geschäft zu einem unsittlichen machen könne. Der Begriff der Sittlichkeit müßte dann ja je nach dem wechselnden landesüblichen Zinsfuß sich ändern, und wenn es an sich auch möglich wäre, daß ein Gesetz den Wucher einfach im Verhältniß zum landesüblichen Zinsfuß bestimmte, ohne die Zahl der Procente festzusetzen, deren Ueberschreitung als Wucher anzusehen, so würden doch Gründe der Moral hierzu nicht drängen; denn es kann im einzelnen Falle, wenn es gilt, einem Nothleidenden Geld zu verschaffen, schon unsittlich sein, von demselben auch nur die landesüblichen Zinsen zu fordern, während in anderen Fällen, wie bei der Geldgewährung zu industriellen, reichen Gewinn verheißenden Anlagen es durchaus nicht als unsittlich zu bezeichnen sein dürfte, bedeutend höhere, als die landesüblichen Zinsen zu fordern und auf diese Weise an dem dem Creditnehmer sich bietenden Gewinne verdienten Antheil zu haben.

Es ist deshalb zwar vollkommen zutreffend, wenn Rau[62]) sagt, daß der Begriff des Wuchers nicht erst aus dem Gesetz hervorgegangen ist, sondern aus der Ueberzeugung, daß es unsittlich sei, die Noth anderer Menschen zu einem unverhältnißmäßig hohen Gewinne zu mißbrauchen; allein es ist eben nicht richtig, diese Unsittlichkeit im Nehmen hoher

---

[61]) Stenographische Berichte 1880 Bd. III S. 371.

[62]) Bd. II. § 322.

Digitized by Google

Procente allein zu sehen; es muß die Ausbeutung der Noth oder Unerfahrenheit auf Seiten des Schuldners dazukommen.

Der Standpunkt, daß es unsittlich sei, hohe Procente zu nehmen, läßt sich hiernach auch nicht aufrecht erhalten, und sind sonach weder volkswirthschaftliche, noch juristische oder ethische Gründe anzuerkennen, die mit Recht eine Einschränkung der Höhe der Zinsen, bezüglich der Conventionalstrafen forderten.

Nun treffen die geltend gemachten Gründe für die Freiheit der Vertragschließenden ja allerdings in erster Linie die bei Gewährung von Capitalien an Stelle der Zinsen festgesetzten Conventionalstrafen, d. h. diejenigen, bezüglich deren zur Zeit durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867 Freiheit geschaffen ist. Allein einmal müssen auch diese Conventionalstrafen noch in Rücksicht gezogen werden, da es sich bei dem zu erlassenden bürgerlichen Gesetzbuche um Schaffung neuen Rechts in jeder Beziehung handelt, und da nach dem Entwurf des Einführungsgesetzes, wie schon erwähnt, das gedachte Bundesgesetz direct aufgehoben werden soll, es sich also darum handeln muß, ob das Gesetz nur inhaltlich in das Gesetzbuch aufzunehmen, oder aber abzuändern, bezüglich zu beseitigen ist. Sodann aber besteht überhaupt nach meinem Dafürhalten kein principieller Unterschied zwischen den Conventionalstrafen, die für Darlehen und creditirte Forderungen, und solchen, die für andere Rechtsgeschäfte festgesetzt werden. In den Reichstagsverhandlungen, betreffend die Berathung des Bundesgesetzes von 1867 ist von keiner Seite auf die Conventionalstrafen besonderes Gewicht gelegt worden, und ist daher — der Gesetzentwurf ist nicht von der Regierung eingebracht, so daß Regierungsmotive darüber nicht existiren — nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Beschränkung der Conventionalstrafen und insbesondere nur die bei Darlehen und creditirten Forderungen vom Gesetzgeber aufgehoben ist. Immerhin ist der Unterschied gemacht, und darf man deshalb für das bestehende Recht denselben nicht mit Förster und Hinschius[63]) wegleugnen.

Eine andere Frage aber ist, ob der Unterschied begründet ist, und diese Frage muß meines Erachtens verneint werden. An sich schon ist es, zumal der Gesetzgeber darüber schweigt, sehr schwierig, zu sagen, welche Forderungen als creditirte im Sinne des Gesetzes zu erachten sind; dann aber, wenn man auch in Theorie und Praxis zu einem einheitlichen Begriff der creditirten Forderungen gelangen sollte, muß der

[63]) Vgl. oben zu Note 35 u. 36.

Digitized by Google

Unterschied doch als ein durchaus willkürlicher bezeichnet werden. Es läßt sich nicht absehen, weshalb es geboten sein soll, bei gewissen Arten von Verträgen die Parteien hinsichtlich der Festsetzung ihres Interesses bei Nichterfüllung durch Aufstellung eines Maximums zu binden, bei anderen Verträgen hingegen dies vollkommen der freien Vereinbarung zu überlassen. Für eine solche Unterscheidung müßten ganz besondere Gründe beigebracht werden, und bisher fehlt es an solchen gänzlich. Denn auch diejenigen, welche, wie Eccius und das preußische Obertribunal, die Unterscheidung — und wie ich annehme, durchaus mit Recht — de lege lata behaupten, versuchen doch gar nicht, dieselbe als innerlich gerechtfertigt hinzustellen. Wenn also überhaupt eine Beschränkung bestehen, bezüglich eingeführt werden soll, dann ist es nur consequent, dieselbe allgemein und ohne Ausnahme einzuführen. Empfiehlt sich eine solche Beschränkung aber überhaupt nicht, dann ist sie auch bei keiner Art von Verträgen beizubehalten. Die zur Zeit unter der Herrschaft des Bundesgesetzes vom 14. November 1867 im Gebiete des preußischen Landrechts und des französischen Rechts bestehende Unterscheidung ist daher eine durch nichts gerechtfertigte Inconsequenz und deshalb im bürgerlichen Gesetzbuche nicht beizubehalten[64]).

Die Consequenz der bisherigen Ausführungen ist deshalb die Einführung des Rechts der freien Vereinbarung der Parteien betreffs der von ihnen bei jedwedem Vertrage festzusetzenden Conventionalstrafen.

III.

Eine Grenze halte ich indessen trotzdem auch für geboten, nämlich diejenige, welche auch der deutsche Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, bezüglich des Einführungsgesetzes zu demselben, indirect dadurch zieht, daß er das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 unberührt läßt und nicht aufhebt.

Das Bundesgesetz vom 14. November 1867 hatte mit den bestehenden Wuchergesetzen, welche den Wucher mehr oder weniger nur in der Ueberschreitung eines bestimmten Zinssatzes sehen, aufgeräumt und dadurch eine schrankenlose Willkür eingeführt, welche dann, wie die Motive zum Wuchergesetz und der Bericht der Reichstagscommission bezeugen, zu einem bedrohlichen Umsichgreifen wucherlicher Ausbeutung, namentlich der kleineren Grundbesitzer und Handwerker geführt und dadurch die öffent-

---

[64]) Vgl. Randa in der unter Note 39 angeführten Schrift S. 40.

Digitized by Google

liche Aufmerksamkeit auf sich gelenkt hatte. Dieser Ausbeutung des Publicums durch gewissenlose Gelddarleiher sollte entgegengetreten werden aus Gründen des öffentlichen-Interesses. Es wurde anerkannt, daß die Wiedereinführung einer Zinsbeschränkung unpractisch und unmöglich sei, da die Aufhebung derselben nicht in Folge eines spontanen, einer Doctrin entsprungenen Versuches geschehen, sondern hervorgegangen sei aus langjährigen Erfahrungen und den Abschluß einer organischen Entwicklung der Gesetzgebung gebildet habe. Unter Wahrung der gesetzlichen Zinsfreiheit sollte nunmehr aber gegen wucherliche Mißbräuche Strafschutz eingeführt werden, und dies geschah dann unter Billigung ziemlich aller Parteien des Reichstages in der Weise, wie es im jetzigen Gesetz enthalten ist. Während sich die früheren Wuchergesetze gerade als nicht im Interesse der Capitalbedürftigen liegend und schädlich erwiesen hatten, kann hiervon nach dem neuen Gesetze keine Rede sein. Zwar wird nicht in Abrede zu stellen sein, daß auch das geltende Wuchergesetz umgangen werden kann, auch daß dies häufig geschehen mag; indessen kann dieser Grund allein gegen dasselbe nicht ausschlaggebend sein, zumal das Gesetz nunmehr in der That nur gegen solche Handlungen sich richtet, die unbedingt als unsittlich und verwerflich bezeichnet werden müssen. Solche aber nicht zu dulden und gegen gemeinfährliche Handlungen einzuschreiten, ist unbedingt die Aufgabe des Gesetzgebers, mögen auch immerhin Umgehungen des Gesetzes vorkommen. Die Existenz des Gesetzes allein wird, wie meines Erachtens mit Recht die Motive hervorheben, die überwiegende Mehrzahl von Menschen, welche Ehrgefühl und vor dem Gesetze Achtung und Furcht haben, von wucherlichen Geschäften fernhalten.

An eine Aufhebung dieses auf Grund dringenden Bedürfnisses eingeführten Wuchergesetzes wird denn auch mit Recht nicht gedacht. Der durch dieses Gesetz gegebenen Beschränkung muß denn auch die Conventionalstrafe unterworfen bleiben.

IV.

Muß ich mich schon aus den bisher angeführten Gründen in Uebereinstimmung mit dem deutschen Entwurf für die Zulässigkeit der freien Vereinbarung der Parteien bezüglich der Conventionalstrafe — mit alleiniger Ausnahme der durch das Wuchergesetz gegebenen Beschränkungen — erklären, so kommt m. E. noch ein weiterer zwingender Grund hinzu, und das ist die Vorschrift des Art. 284 des Handelsgesetzbuchs. Wie oben schon erwähnt, ist durch diese für das Handelsrecht die Conventional-

Digitized by Google

strafe vollkommen freigegeben worden. Mag man nun aber auch mit vollem Recht für dieses, um den großen Handelsverkehr zu erleichtern und große industrielle Unternehmungen zu fördern u. dergl., in vielen Beziehungen andere Vorschriften für geboten halten, als für das allgemeine bürgerliche Recht, den Verkehr der Grundbesitzer, Handwerker u. s. w., so muß doch in jedem einzelnen Falle die Nothwendigkeit einer verschiedenen Regelung eines Rechtsinstituts im Handelsrecht und im allgemeinen bürgerlichen Recht nachgewiesen werden.[65]) Dieser Nachweis aber ist für das hier in Frage stehende Rechtsinstitut der Conventionalstrafe, wie ich meine, nicht zu erbringen. Die Motive zur preußischen Verordnung vom 12. Mai 1866[66]) erwähnen, daß in Folge der Einführung des Handelsgesetzbuchs die dem Kaufmannsstande nicht angehörigen Gewerbetreibenden auf dem Geldmarkte mit den Kaufleuten nicht mehr concurriren können, und daß der hinsichtlich der Zinsbeschränkung bestehende Unterschied von Kaufleuten und anderen Personen insbesondere für die creditsuchenden Landwirthe die drückendsten Folgen herbeiführen werde. Und durchaus zutreffend hat der damalige Handelsminister bei der Berathung jener Verordnung ausgeführt,[67]) daß der durch das Handelsgesetzbuch herbeigeführte Unterschied zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht in dieser Beziehung nicht mehr haltbar sei, zumal nach dem Handelsgesetzbuch jeder Grundbesitzer, der Spiritus brenne, Zucker fabricire, Kartoffeln kaufe und das Fabrikat verkaufe, Kaufmann sei und sich in das Handelsregister eintragen lassen müsse und dazu nöthigenfalls angehalten werden könne, und ebenso unter den Handwerkern z. B. der Schneider, welcher Tuche einkaufe und Kleider anfertige, Kaufmann sei, derjenige Schneider dagegen, der die Tuche geliefert erhalte, kein Kaufmann sei.

Hier nun aber einen Unterschied festzuhalten, kann nicht zutreffend erscheinen; es empfiehlt sich vielmehr m. E. durchaus, die einzelnen Arten der Grundbesitzer, wie der Handwerker in dieser Beziehung nicht zu unterscheiden und für den Einen, wenn er Credit sucht oder sich zur Uebernahme einer Leistung oder Lieferung bei Strafe verpflichtet, dasselbe Recht gelten zu lassen, wie für den Anderen. Man kann nicht, da die Beschränkung der Conventionalstrafe, wenn überhaupt, sich nur aus dem Gesichtspunkt der Unsittlichkeit rechtfertigen läßt, für den noch dazu so

---

[65]) Aehnlich sprechen sich die Motive zum Entwurf Bd. I S. 180 bei Erörterung der Formfreiheit der Verträge aus.

[66]) Stenographische Berichte des Abgeordnetenhauses S. 26.

[67]) Stenographische Berichte S. 383.

Digitized by Google

weit ausgedehnten Kaufmannsstand die freie Vereinbarung als sittlich hinstellen und gesetzlich gestatten, für jeden anderen, dem Kaufmannsstande nicht Angehörenden aber die Vereinbarung einer hohen Conventionalstrafe als unsittlich, verwerflich bezeichnen und gesetzlich brandmarken.

Der zur Zeit nach Einführung des Handelsgesetzbuchs und des Bundesgesetzes vom 14. November 1867 in Preußen bestehende Unterschied läßt sich nur historisch erklären, zu rechtfertigen ist er nicht, und der deutsche Entwurf thut wohl daran, denselben zu beseitigen. Nun könnte dieser Zustand ja freilich bei der in Aussicht genommenen Revision des Handelsgesetzbuchs auch durch Wiedereinführung der Beschränkungen im Handelsrechte beseitigt werden. Aber an diese Möglichkeit wird im Ernst schwerlich Jemand glauben; der Handelsverkehr bedarf der Freiheit unbedingt, und es hat sich bei Berathung des Handelsgesetzbuchs in dieser Beziehung, soweit wenigstens die Nürnberger Protocolle ergeben, auch gar keine Meinungsverschiedenheit gezeigt. Es kann also in der fraglichen Materie nicht das Handelsrecht dem bürgerlichen, sondern es muß das bürgerliche dem Handelsrecht nachgeben, wie in neuerer Zeit häufig anfänglich handelsrechtliche Normen zu allgemeinen geworden sind,[68]) und dieses Nachgeben müßte statthaben, auch wenn nicht sonst schon die vom Entwurfe den Parteien gewährte Freiheit gerechtfertigt wäre.

Außer der Beschränkung hinsichtlich der Höhe der Conventionalstrafe kennt nun das preußische Landrecht noch eine fernere, oben bereits angeführte, indem es im § 297 Tit. 5 Th. I bestimmt, daß zu körperlichen, die Freiheit oder die Ehre verletzenden Strafen sich Niemand durch Verträge verpflichten kann. Es bedarf keiner Begründung, daß diese Beschränkung geboten ist; denn das Gegentheil würde eine Verletzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit enthalten. Gleichwohl enthält der deutsche Entwurf, wie auch das Handelsgesetzbuch, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, der code civil und andere Gesetzbücher eine derartige Vorschrift nicht. Keineswegs ist aber die Absicht dieser Gesetze, derartige Strafgedinge zu gestatten; sie erwähnen nur die Verbote bei Regelung der Conventionalstrafe nicht, weil sie sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst ergeben.[69]) Der deutsche Entwurf

---

[68]) Vgl. Hachenburg: Gutachten über den 2. Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse im Heft 2 der Gutachten aus dem Anwaltsstande über den Entwurf eines B. G.B. S. 121.

[69]) So Stubenrauch, Commentar zu § 1336 des österreichischen G.B. Nr. 7, Puchelt, Commentar zum H.G.B. A. 12 zu Art. 284 und A. 2 zu Art. 59.

Digitized by Google

aber bestimmt im § 106, daß ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, nichtig ist. Es soll hiermit, wie die Motive[70]) hervorheben, dem richterlichen Ermessen ein bisher unbekannter Spielraum gewährt werden. Dasselbe wird hier m. E. auch durchaus angebracht sein. Und durch die gedachte Bestimmung werden zweifellos die Verbote des § 297 Tit. 5 Th. I A.L.R. mitgetroffen, und bedarf es deshalb einer weiteren Vorschrift im Abschnitt über die Conventionalstrafe nicht. Auch trotz der Zulassung der freien Vereinbarung der Parteien versteht sich diese Beschränkung von selbst.

Nach diesen Ausführungen stehe ich ganz auf dem Standpunkt des deutschen Entwurfs und gebe mein Gutachten dahin ab, daß die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch der freien Vereinbarung unterliegen soll, lediglich beschränkt durch die Bestimmungen des Wuchergesetzes, und daß es sich nicht empfiehlt, dieselbe an weitere gesetzliche oder richterliche Schranken zu binden.

---

[70]) Bd. I S. 211.

Digitized by Google

XIV.

Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Herman Veit Simon, Bankdirector in Berlin,

über die Frage:

Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden?

I.

Die Conventionalstrafe ist eine Leistung, zu welcher sich der Schuldner für den Fall verpflichtet, daß er eine ihm obliegende Leistung entweder überhaupt nicht oder nicht in der vertraglich oder gesetzlich vorgesehenen Weise, insbesondere nicht zu der vorgesehenen Zeit, bewirken sollte.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs enthält bezüglich der Conventionalstrafe folgende positive Vorschriften.

Ist die Strafe für den Fall der Nichtleistung der obliegenden Verbindlichkeit versprochen, so hat der Gläubiger das Wahlrecht, ob er die Hauptleistung oder die Strafleistung verlangen will. In denjenigen Fällen, in denen er wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung Schadenersatz zu fordern berechtigt ist, kann er nach seiner Wahl Schadenersatz oder die Strafleistung beanspruchen. Die Strafleistung bildet den Mindestbetrag des Schadens und stellt nicht etwa ein Reugeld dar, gegen dessen Zahlung sich der Schuldner einem weitergehenden Schadenersatzanspruch entziehen kann (§ 420).

Ist die Strafleistung ausschließlich auf den Fall bedungen, daß die Leistung nicht in der gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Weise erfolgt,

Digitized by Google

so hat der Gläubiger, außer dem Anspruch auf die Hauptleistung, noch wahlweise das Recht, ob er Schadensersatz oder Strafleistung unter den im vorigen Absatz näher erwähnten Bestimmungen verlangen will: die vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung soll indessen als Verzicht auf die Strafleistung gelten, sofern nicht etwa der Gläubiger das Recht auf die Strafleistung oder den Eintritt der Voraussetzungen desselben nicht kannte (§ 421).

Die Conventionalstrafe ist verwirkt, sobald der Schuldner in Verzug kommt — beziehungsweise, wenn die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht, sobald der Schuldner der übernommenen Verbindlichkeit zuwiderhandelt (§ 422).

Voraussetzung des Rechts auf die Conventionalstrafe ist das rechtsgiltige Bestehen einer Hauptverbindlichkeit.

Daher ist das Versprechen einer Strafleistung unverbindlich, sofern die Verbindlichkeit bezüglich der Hauptleistung nach dem Gesetz unwirksam oder anfechtbar ist (§ 424). Ebenso erlischt die Verbindlichkeit zur Strafleistung, sobald die Hauptverbindlichkeit vor Verwirkung der Strafe erloschen war, oder die Nichterfüllung der Hauptleistung von dem Gläubiger verschuldet ist (§ 423).

Endlich regelt der Entwurf die Beweislast in einem strittigen Fall dahin, daß dem Schuldner der Beweis der vertragsmäßigen Bewirkung der Hauptleistung obliegt, wenn die Strafleistung deswegen gefordert wird, weil die Hauptleistung nicht oder nicht in der bestimmten Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, bewirkt ist (§ 425).

Die Höhe der Conventionalstrafe unterliegt nach dem Entwurf — vorbehaltlich der reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Wucher — der freien Vereinbarung der Parteien. Die Begründung des Entwurfs bemerkt in dieser Beziehung (II S. 278): „Eine Beschränkung der Conventionalstrafe in Ansehung der Größe, sei es durch ein absolutes Verbot, sei es durch Bestimmung eines richterlichen Ermäßigungsrechts ist nicht angezeigt.“ Eine sachliche Begründung für die von der Commission diesbezüglich getroffene Entscheidung wird nicht gegeben.

Das nachstehende Gutachten beabsichtigt, dem Juristentag mit Material für die Beantwortung der ihm vorgelegten Frage zur Hand zu gehen:

> Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden?

Digitized by Google

II.

1. Das Römische Recht kannte keinerlei Einschränkung in der freien Festsetzung der Conventionalstrafe.

Zwar wurde von älteren Rechtslehrern, insbesondere von Cuiacius, vielfach der Satz verfochten, daß die Conventionalstrafe die doppelte Höhe des objectiven Werths des Geschäftsgegenstandes nicht überschreiten dürfe. Diese Ansicht stützte sich auf die Verordnung Justinianus (L. un C. de sent. VII 47), nach welcher der Richter nicht einen Schadensersatz zusprechen sollte, welcher dupli quantitatem überschreitet. Indessen ist diese Ansicht sowohl von der Rechtswissenschaft, als auch überwiegend von der gemeinrechtlichen Praxis verworfen worden, da sich jene Verordnung nur auf die richterliche Normirung des Schadensersatzes, nicht aber auf Conventionalstrafen bezieht.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten IV 1 S. 531 Note 3,

v. Savigny, Obligationenrecht II S. 275,

Neuenfeldt, Ist die Conventionalstrafe in ihrem Grundprincip Strafe oder Ersatzleistung (1885) S. 40 ff.,

Seuffert, Archiv XXVI Nr. 120,

vgl. indessen auch Seuffert, Archiv XI Nr. 224.

2. Dem Deutschen Recht war die Conventionalstrafe nicht fremd und in älterer Zeit von um so größerer Wichtigkeit, als man einen Anspruch auf Zinsen oder Schadensersatz nicht kannte. Indessen gab man vielfach in Anlehnung an die erwähnte Verordnung Justinians dem Richter die Befugniß, die Strafe auf den doppelten Betrag zu ermäßigen, —

schon nach Lex Visigoth. II 5, 8 soll nur das duplum oder triplum gefordert werden dürfen, —

oder schrieb ihm allgemein ein Mäßigungsrecht zu.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts (1885) III, 2, § 174.

3. Im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten finden wir die gesetzlichen Schranken für die Conventionalstrafen noch enger gezogen. Während nach der älteren gemeinrechtlichen Doctrin die Conventionalstrafe das Doppelte des Werths der Hauptleistung nicht überschreiten sollte, bestimmte das A.L.R., daß der Richter dieselbe auf den doppelten Betrag des Interesses herabzusetzen habe (§ 301 I 5).

Digitized by Google

4. Keine der neueren Gesetzgebungen ist indessen dem Preußischen Landrecht nach dieser Richtung hin gefolgt.

Dieselben haben allerdings den Höchstbetrag der Conventionalstrafe insofern beschränkt, als sie dieselbe mit den in den einzelnen Ländern bestehenden Zinsbeschränkungen in Einklang brachten und Conventionalstrafen insoweit verboten, als sie die gesetzlich zulässigen Zinsen überstiegen.

Oesterreichisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1336, Züricher Gesetzbuch § 969, Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1430, Dresdener Entwurf Art. 127.

5. Im Uebrigen kennen dieselben zwar zum Theil ein richterliches Mäßigungsrecht, aber nirgends eine gesetzliche Schranke.

Nach dem Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Conventionalstrafe (Vergütungsbetrag), wenn sie von dem Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter allenfalls nach Einvernehmung der Sachverständigen zu mäßigen (§ 1336).

Das Züricher Gesetzbuch bestimmt, daß der Richter berechtigt ist, übermäßige Conventionalstrafen in billiger Erwägung der natürlichen Verhältnisse zu beschränken (§ 969).

Ebenso heißt es im Schweizerischen Obligationenrecht (Art. 182), daß der Richter befugt ist, „übermäßige Strafen nach billigem Ermessen herabzusetzen".

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewährte dem Richter die Befugniß, die Conventionalstrafe nach eingeholtem Gutachten Sachverständiger auf Antrag des Schuldners zu ermäßigen, wenn ihr Betrag das höchste Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages haben könnte, übersteigt.

6. Auch in der älteren französischen Praxis bestand ein richterliches Mäßigungsrecht, sobald die Conventionalstrafe das höchste nachweisbare Interesse überstieg.

Exposé des motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionelles en général par le conseiller d'Etat Bigot Préamenau, séance 7 pluv. 12.

(Dalloz, Jurisprudence générale t. 33, 1860, p. 356.)

Man ließ indessen bei Berathung des Code civil diese Einschränkung fallen, und so gewährt derselbe die volle Freiheit in der Festsetzung der Conventionalstrafe. Nur, wenn die Hauptleistung theilweise erfüllt ist, tritt das Ermessen des Richters ein.

Digitized by Google

Diesen Vorschriften schließt sich der Italienische codice civile (Art. 1214) und der bayrische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (Art. 49) an.

Auch das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch (§ 1430) und der Dresdener Entwurf eines Gesetzes über Schuldverhältnisse (Art. 127) überlassen die Höhe der Conventionalstrafe der freien Vereinbarung der Parteien.

Nach dem Reichsgesetz vom 14. November 1867 betr. die vertragsmäßigen Zinsen (vgl. Reichsverfassung Art. 2) unterliegen Conventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst creditirten Forderung zu leisten sind, der freien Vereinbarung. Zu beachten ist indessen diesbezüglich das Reichsgesetz über den Wucher vom 24. Mai 1880, insofern auch eine Conventionalstrafe zu den Vermögensvortheilen gehören kann, welche bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen das Geschäft als ein wucherisches charakterisiren.

7. Alle Handelsgesetzbücher, welche die Höhe der Conventionalstrafe in den Bereich ihrer Normen gezogen haben, unterstellen dieselbe der Parteiwillkür.

Deutsches H.G.B. Art. 284,
Ungarisches G.G.B. Art. 273,
Bosnisches H.G.B. Art. 296,
Argentinisches H.G.B. Art. 284 ff.,
Peruanisches H.G.B. Art. 287,
Portugiesisches H.G.B. Art. 936,
Uruguay H.G.B. Art. 224.

III.

1. Die Beschränkung der Höhe der Conventionalstrafe durch gesetzliche Grenzen kann mit der Rücksicht auf bestimmte gesetzliche Grenzen der Zinsen, zu deren Umgehung die Form der Conventionalstrafe gewählt wurde, nicht mehr gerechtfertigt werden. Denn ein gesetzliches Zinsmaximum existirt nicht mehr, und das Wuchergesetz trifft, wie bereits zu II, 6 erwähnt, auch die Conventionalstrafe, soweit ihr Versprechen nach den Bestimmungen des Wuchergesetzes als ein wucherliches anzusehen ist.

Es können daher nur noch jene allgemeinen Billigkeitsgründe in Betracht kommen, welche schon Suarez zur Rechtfertigung der bezüg-

Digitized by Google

lichen Vorschrift des Allgemeinen Landrechts gegenüber einem Monitum angeführt hat:

„Die Furcht vor den Schwierigkeiten bei der Ausmittlung des Interesses kann den Gesetzgeber nicht bewegen, solche offenbare Unbilligkeit zu dulden, als vorhanden sein würde, wenn die Conventionalstrafe mit dem wahren Interesse in gar keinem Verhältniß stände. Chicanen sind so leicht nicht zu befürchten. Denn wenn bei Bestimmung der Conventionalstrafe nur einigermaßen auf Billigkeit gesehen würde, so kann es so schwer nicht sein, ein Interesse, das wenigstens der halben Conventionalstrafe gleich ist, zu bescheinigen."

Bornemann, Preuß. Civilrecht 2. Ausg. II S. 356.

2. Zur Rechtfertigung eines richterlichen Mäßigungsrechts werden folgende Gründe angeführt:

a. „Die Conventionalstrafen sind in neuerer Zeit sehr häufig geworden, und in Folge dessen haben sich auch mancherlei Mißbräuche gezeigt. Oft nämlich werden Conventionalstrafen verabredet, den alten Rutscherzinsen ähnlich, so daß von Tag zu Tag, von Woche zu Woche immer wieder eine neue Straffumme zu der alten hinzutritt. In Folge dessen könne die Conventionalstrafe in's Ungewisse und Abenteuerliche steigen, so daß jeder Unbefangene gestehen müsse: daran haben die Conrahenten doch nicht gedacht bei der ursprünglichen Verabredung, und dabei kann der Schuldner doch nicht bestehen.

Die Gerichte sind schon oft deshalb in große Verlegenheit gerathen. Ihr natürliches Rechtsgefühl sträubt sich, die offenbar ruinirende Consequenz des Vertrages gutzuheißen.

Daher wird der Richter verleitet, um nur die unbilligen Folgen zu hindern, aus irgend einer Nebenerwägung eher auszusprechen, die Bedingung sei nicht eingetreten, und die ganze Conventionalstrafe zu streichen." Bluntschli Züricher Gesetzbuch III, S. 48 f.

b. „Die Grenze ergiebt sich aus der Rücksicht, daß die Straffstipulation nicht zur .... Uebervortheilung des Schuldners mißbraucht werden darf. Daher rechtfertigt sich die Vorschrift, daß .... da, wo es sich nicht um die Sicherung der Erfüllung einer Geldschuld handelt, die bedungene Strafe auf Antrag des Schuldners vom Richter nach eingeholtem Gutachten Sachverständiger ermäßigt werden soll, wenn ihr Betrag das höchste Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages haben könnte, übersteigt."

Motive zum Hessischen Entwurf S. 74.

Digitized by Google

3. Gegen jede Beschränkung der Conventionalstrafen finden wir besonders eingehende Ausführungen in den Vorarbeiten zum code civil und zum Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch:

a) „Une clause pénale doit elle être exécutée rigoureusement? Dans les tribunaux autrefois on la modifiait; quelquefois on la supprimait, quand il n'y avait q'un retard dans l'exécution, et le juge se contentait de condamner à quelques dommages et intérêts. Cette jurisprudence, qui prenait sa source dans des sentimens louables, avait pourtant un grand vice: elle accoutumait les hommes à se jouer de leurs engagemens, à promettre plus qu'ils ne voulaient tenir, sûrs que les tribunaux les favoriseraient. Le projet de loi plus sévère et plus juste ne permet plus aux juges d'affranchir le débiteur de mauvaise foi de la peine, qu'il a stipulé lui-même et librement. Il est du devoir du législateur de forcer les hommes à voir les lois dans les contrats et à les exécuter, avec ponctualité: moyen infaillible de les ramener à la bonne foi la plus scrupuleuse."

Favard's Bericht in der Sitzung vom 13 pluviose XIII (Locré, la législation civile, commerciale et criminelle de la France XII p. 416 ss.).

b) „Angehend den § 1459 (§ 1430 des sächs. B.G.B.), so hat man, abgesehen von dem Falle einer Geldzahlung, von einer Beschränkung der Höhe der Conventionalstrafe theils um deswillen, weil das Gesetzbuch die laesio enormis als einen Grund der Anfechtung nicht anerkennt, theils um deswillen, weil eine solche Beschränkung dem Zwecke des Instituts, den Schuldner zur vertragsmäßigen Erfüllung anzutreiben und den Beweis der Schäden zu erleichtern, widersprechen würde, theils endlich um deswillen Umgang genommen, weil es geradehin unmöglich wäre, für das richterliche Ermessen irgend welche leitende Grundsätze zu geben und der reinen Willkür in dieser Hinsicht vorzubeugen."

Motive zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen S. 833.

IV.

1. Wenn im Vorstehenden die Lage der Gesetzgebung ausführlich und die hauptsächlichsten Gründe, welche die verschiedenen Gesetzgeber bei ihren bezüglichen Bestimmungen geleitet haben, im Wortlaut wiedergegeben sind, so geschah es, um klar zu legen, daß sich die Ansichten über die vorliegende Frage weder überhaupt, noch örtlich oder zeitlich geklärt haben.

Digitized by Google

Wenn wir die einzelnen Thatsachen in das Auge fassen, von denen aus die Gesetzgeber zu ihrer Entscheidung gelangt sind, so werden wir dieselben sämmtlich als richtig zugeben können.

2. Es ist zunächst richtig, daß die Conventionalstrafe häufig eine offenbare Unbilligkeit enthält, welche mit dem Interesse des Gläubigers in gar keinem Verhältniß steht, und daß dieselbe zur Uebervortheilung des Schuldners häufig mißbraucht wird. Es sei in dieser Beziehung nur auf gewisse Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit verwiesen, welche mit Hilfe geschäftseifriger Agenten durch billige Tarife das kleine Publikum, namentlich die kleineren Fabrikanten zunächst an sich ziehen, dann große — drei- bis vierfache — Nachschüsse ausschreiben und in ihren — leider zum Theil behördlich genehmigten — Statuten die Bestimmung haben, daß die nicht pünktliche Zahlung einer Nachschußrate die Verpflichtung zur Zahlung einer Conventionalstrafe in Höhe des ganzen Nachschusses zur Folge hat.

Es ist ferner richtig, daß sich die Schuldner häufig die Consequenzen eines Strafgedings nicht klar machen, welches vielleicht ihre ganze wirthschaftliche Existenz auf das Spiel setzt, und daß die Gerichte aus einem allerdings nicht gerechtfertigten Gefühl den Anspruch auf eine auffallend hohe Conventionalstrafe abzuweisen geneigt sind, indem sie die thatsächlichen Voraussetzungen derselben nicht als vorliegend ansehen. Diese Auffassung hatte man in den betheiligten Kreisen erst neuerlich bezüglich einer höchstgerichtlichen Entscheidung, in welcher unter Aufhebung der beiden Vorentscheidungen der Anspruch eines Berliner Industriellen auf Zahlung einer Conventionalstrafe von 100 000 Mark abgewiesen wurde. Die in Rede stehende Conventionalstrafe war für den Fall bedungen, daß ein Berliner Bankhaus gewisse Dokumente nicht bis zum Ablauf einer gewissen Frist herausgeben sollte, und wurde verlangt, weil die Herausgabe erst am Tage nach Ablauf der Frist stattgefunden hatte.

3. Auf der anderen Seite wird aber auch als richtig anerkannt werden müssen, daß die Schuldner zum leichtfertigen Versprechen von Conventionalstrafen veranlaßt werden, wenn ihnen das Gesetz die Hoffnung eröffnet, daß der Richter diese Conventionalstrafe herabsetzen wird. Diese Hoffnung wird um so mehr im Einzelfall in Erfüllung gehen, als der Richter — wie die Erfahrung zeigt — überhaupt geneigt ist, in der Conventionalstrafe eine Unbilligkeit für den Schuldner zu sehen, wie denn auch — beiläufig bemerkt — trotz aller gesetzlichen Vorschriften der Schadensersatz sowohl im Civil-, als auch im Strafverfahren noch immer

Digitized by Google

von vielen Gerichten in den engsten Grenzen festgesetzt wird. Richtig ist aber auch weiter, daß ein richterliches Ermäßigungsrecht, bei welchem leitende Gesichtspunkte durch das Gesetz nicht gegeben werden können, der reinen Willkür Thür und Thor öffnen würde.

V.

Die Frage, welche zur Entscheidung vorliegt, gehört eben zu denjenigen Einzelfragen, bei denen — wenn man sie gesondert betrachtet — das Für und Wider sich annähernd die Waage hält.

Ihre Lösung kann eine solche Frage nur finden, wenn man sie aus einem weiteren Gesichtswinkel betrachtet.

Wie weit die Ansichten über den Werth des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs auseinandergehen, darüber ist man sich im Wesentlichen einig, daß der Entwurf mit Recht mit dem Bevormundungsprincip, soweit sich solches in dem gemeinen Recht oder den Particularrechten fand, gründlich aufräumt, nachdem die neuere Rechtsentwicklung — insbesondere die deutsche Reichsgesetzgebung — energisch diesen Weg gezeigt hatte und selbst bereits vorausgegangen war. Der Entwurf kennt die laesio enormis nicht mehr, ebensowenig das senatusconsultum Vellejanum oder Macedonianum, der Zinsfuß ist objektiv unbeschränkt, die Form des Vertragschlusses unterliegt regelmäßig der Parteiwillkür, die Gründe für den Widerruf von Schenkungen werden auf ein Mindestmaß herabgesetzt u. s. f.

Diese Richtung des Entwurfs ist eine vollberechtigte. Sie entspricht der fortschreitenden Entwicklung der Bildung des deutschen Volkes, deren Niveau sich seit den großen Codificationen in Preußen und Oesterreich mächtig gehoben hat; die politische Verantwortlichkeit, welche gegenwärtig jedes Mitglied des staatlichen Gemeinwesens trägt, hat die civilrechtliche Verantwortlichkeit für die eigenen Handlungen und die Verpflichtung, die Folgen dieser Handlungen zu überlegen, zur nothwendigen Voraussetzung. Außerdem sind alle jene gesetzlichen Vorschriften, durch welche eine Hinterthür zum Weichen aus dem gegebenen Wort eröffnet wird, im Wesentlichen nur für den Unanständigen gegeben, während der Anständige sich an sein Wort gebunden hält — eine Thatsache, welche schon früher in Oesterreich und neuerdings in Frankreich zu der gesetzlichen Vorschrift geführt hat, daß der Einwand des Spiels gegenüber Börsengeschäften nicht mehr gehört werden soll.

Wenn wir die vorliegende Frage von jenem allgemeinen Stand-

Digitized by Google

punkte betrachten, so wird unsere Entscheidung nicht zweifelhaft sein können.

Wirthschaftliche Nachtheile kann jede Vertragsclausel nach sich ziehen, — die Höhe eines Kaufpreises, wie der Zinsfuß eines Darlehns, die Uebernahme einer Bürgschaft, wie das Versprechen einer Schenkung. Wenn wir in allen diesen Fällen den Schuldner an sein gegebenes Wort für gebunden erachten, wenn wir mit dem Entwurf der Meinung sind, daß es in allen diesen Fällen unzulässig sein würde, durch das Gesetz unüberlegte Handlungen geistig gesunder Menschen zu decken, — so ist kein Grund ersichtlich, weshalb das Versprechen einer Conventionalstrafe anders zu behandeln sein sollte. Wenn Bluntschli a. a. O. erwähnt, daß die Strafgedinge insofern besonders behandelt werden müssen, als bei gewissen Consequenzen jeder Unbefangene sagen müsse: daran haben die Contrahenten nicht gedacht, so wird in solchen Fällen vielleicht eine richtige Vertragsauslegung zu anderen Resultaten führen. Sollte aber bei richtiger Vertragsauslegung die von dem Gläubiger verlangte Conventionalstrafe als von den Parteien gewollt angesehen werden müssen, so wird der Schuldner sich so wenig einer Conventionalstrafe, wie einer sonstigen Verpflichtung, deswegen entziehen dürfen, weil er „dabei nicht bestehen könne".

Daß das gewonnene Ergebniß auch praktisch sich rechtfertigt, beweist der Umstand, daß man nicht nur, wie die obenerwähnten Vorarbeiten zum code civil beweisen, in Frankreich mit dem richterlichen Mäßigungsrecht schlechte Erfahrungen gemacht hat, sondern auch in Oesterreich mit demselben unzufrieden ist,

> Stubenrauch Bd. II S. 678 Note 4; Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht S. 514 Note 23.

Freilich würde der Zweck des Gesetzes vereitelt werden, wenn der Richter aus übel angebrachter Sentimentalität bei der Beurtheilung der thatsächlichen Voraussetzungen großer Conventionalstrafen dem Schuldner zu Hilfe zu kommen, geneigt sein würde.

> Vgl. Haberstich, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts I S. 173.

Indessen steht zu erwarten, daß die deutsche Rechtsprechung, welche jetzt noch zuweilen in die Velleitäten bevormundender Privatrechtsnormen zurückneigt, mehr und mehr den großen Grundgedanken des modernen Vertragsrechts einsaugen wird: „Ein Mann, ein Wort."

Digitized by Google

VI.

1. Die Freigebung der Höhe der Conventionalstrafe rechtfertigt sich aber auch aus dem ferneren Gesichtspunkte, daß jeder Maßstab für die gesetzliche Herabsetzung oder für die richterliche Ermäßigung fehlt.

Suarez betrachtete die Conventionalstrafe augenscheinlich lediglich als vereinbartes Interesse:

> § 292 I 5 A.L.R. Das Interesse, welches ein Contrahent dem Andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden. Förster-Eccius I § 107; vgl. aber Dernburg, Pr. Privatrecht II § 39, Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts XVI. S. 397 ff.

Indessen kann es nach unserer Rechtsanschauung und nach der gemeinen Ansicht der Schriftsteller nicht zweifelhaft sein, daß jener Zweck zwar vorliegen kann, daß der Hauptzweck der Conventionalstrafe aber auf einem anderen Felde liegt.

Von den mannigfachen zum Theil drastischen Mitteln, durch welche der Schuldner in älterem Rechte zur Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit angehalten wurde, hat sich nichts in das moderne Recht herüber gerettet. Es bleibt nunmehr lediglich Sache des Abkommens der Parteien, Mittel und Wege zu finden, um sich gegenseitig zur Erfüllung obliegender Rechtspflichten anzuhalten. Zu diesen Mitteln gehört in erster Reihe die Conventionalstrafe. Ihr wesentlicher Zweck ist, den Schuldner durch den für den Fall des Zuwiderhandelns in Aussicht stehenden Vermögensnachtheil zu veranlassen, seine Hauptverbindlichkeit zu erfüllen — also die Bestärkung des Vertrags durch Vereinbarung einer Privatstrafe. Daneben kann die Conventionalstrafe auch den Zweck haben, das Interesse oder das Mindestinteresse des Gläubigers zur Vermeidung der Schwierigkeiten eines Schadenprocesses festzustellen.

> Entsch. d. R.O.H.G. a. a. O.;
> v. Savigny, Obligationenrecht II S. 275.
> Wendt, Jahrb. für Dogm. XXII. S. 398 f.

So wenigstens die continentale Anschauung; nach den Grundsätzen des englischen Rechts kann das, was wir unter dem Namen Conventionalstrafe in oft unklarer Weise begreifen, nur entweder penalty (reines Strafgeding) oder liquidated damages (vereinbartes Interesse), nie beides zu gleicher Zeit sein, und die weitere rechtliche Beurtheilung ge-

Digitized by Google

ſtaltet ſich verſchieden, je nachdem der engliſche Richter das Abkommen als auf penalty oder auf liquidated damages gerichtet interpretirt.

Williams, Principles of the law of personal property 11 ed. p. 92, 128, 133; Lehr, Éléments de droit civil anglais (1885), p. 544, 556.

2. Würde die Conventionalſtrafe lediglich das vereinbarte Intereſſe darſtellen, ſo würde ein Maßſtab für eine geſetzliche Schranke vorhanden ſein. Der Richter könnte feſtſtellen, das wirkliche Intereſſe betrage ſo und ſo viel; das vereinbarte Intereſſe überſteige das wirkliche Intereſſe in auffälligem Maße, beziehungsweiſe um ein geſetzlich feſtgeſtelltes Verhältniß dieſer Ziffern, und müſſe deshalb herabgeſetzt werden. Es ließe ſich unter dieſer Vorausſetzung vielleicht im Anſchluß an die neuere Reichsgeſetzgebung auch eine Beſtimmung dahin rechtfertigen: die Conventionalſtrafe könne ſeitens des Richters ermäßigt werden, wenn der Gläubiger unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtſinns oder der Unerfahrenheit des Schuldners ſich eine Strafleiſtung bedungen habe, welche ſein Intereſſe an der Leiſtung dergeſtalt überſchreite, daß nach den Umſtänden des Falles die Strafleiſtung in auffälligem Mißverhältniß zu dem Intereſſe ſtehe.

3. Jene Vorausſetzung trifft aber nicht zu. Die Conventionalſtrafe iſt in erſter Reihe ein Präventivmittel zur Abwendung der Nicht-Erfüllung des Vertrages durch die Furcht vor der Strafe. Das Intereſſe, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages hat, und die Strafleiſtung, welche den Schuldner von der Vertragsverletzung abzuſchrecken geeignet ſein ſoll, ſind völlig incommenſurable Größen.

Es fehlt aber auch an jedem andern Maßſtab für das Geſetz oder für den Richter, nach welchem eine Strafe als übermäßig angeſehen werden ſoll. Wenn z. B. eine Bank eine Conventionalſtrafe von 100 000 Mark mit einem Beamten für den Fall vereinbart, daß er ſeine Stelle vor Ablauf des Contracts verläßt, trotzdem der Beamte nur ein Gehalt von nur 10 000 Mark hat, ſo wird der oder jener Richter eine ſolche Conventionalſtrafe für übermäßig erachten, und es kann als unzweifelhaft angeſehen werden, daß das Intereſſe der Bank im Einzelfall eine ſolche Conventionalſtrafe kaum erheiſcht. Bedenkt man aber, welche Wichtigkeit das Zuſammenhalten des Perſonals hat, ſo wird man es für gerechtfertigt halten, daß man die Beamten ſelbſt durch Strafen feſthält, deren Zahlung eventuell deren wirthſchaftlichen Ruin zur Folge haben würde.

Digitized by Google

Wenn in einem solchen Fall der Richter zur Herabsetzung der Strafe befugt wäre, so würde die Conventionalstrafe in ihrem Wesen getroffen werden, und der Richter kann sicherlich nicht ermessen, welcher Betrag den Schuldner von der Vertragsverletzung abhalten würde.

Unser Recht kennt eine öffentliche Strafe für den Fall des Vertragsbruches nicht. Um so mehr ist es Aufgabe der Gesetzgebung, die vereinbarte Privatstrafe zu schützen — den Vertragsbruch wenigstens in denjenigen Fällen zu strafen, in denen die Parteien dies vereinbart haben.

Digitized by Google

XV.

Gutachten des Herrn Professor Dr. Friedrich Endemann zu Königsberg

über die Frage:

Empfiehlt es sich, im künftigen deutschen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Schenkungen aus dem vom Entwurf aufgestellten Gesichtspunkt des außerordentlichen Pflichttheils oder aus dem des Uebermaßes festzusetzen?

I. Die Frage steht auf dem Boden des Grundsatzes: der Pflichttheilsberechtigte muß geschützt werden gegen Schmälerungen seines Rechtes durch Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden. Nur darum handelt es sich, wie dieser Schutz wirksam zu gewähren, und wie er entsprechend seiner Begründung rechtlich zu organisiren sei. Zwei Möglichkeiten bieten sich.

Entweder man nimmt die Schenkung selbst heraus und fragt: hat damals der Erblasser nicht zu viel von seinem Vermögen weggenommen; von der Schätzung, ob so im Uebermaße lieblos vergeudet ist, entlehnt das römische Recht den Ausgang. Oder man legt allen Nachdruck auf die Höhe des Nachlasses und schreitet gegen Schenkungen ein, welche das rechte Verhältniß zu diesem verletzen. Das ist der Standpunkt, welcher in der vorliegenden Fragestellung als der des außerordentlichen Pflichttheils bezeichnet wird.

Die Alternative ist eine vollkommene. Soviel im einzelnen modificirt werden kann, für den einen oder den anderen Grundsatz muß die Entscheidung fallen.

Digitized by Google

Die Berührung mit der Collationsverbindlichkeit ist einleuchtend. Es wird praktisch sich dieser Pflichttheilsschutz meist da als nothwendig erweisen, wo einer der Eltern aus übergroßer Liebe zu dem einen Kinde diesem alles schenkt und die anderen mittellos läßt, so daß die Voraussetzung der Collationspflicht vorläge. Ebenso sicher ist die Verweisung auf diese unzulänglich, denn durch Ausschlagung der Berufung kann der Einzelne sich von der Beibringungspflicht lösen. Einen Zwang in dieser Richtung anzuwenden, hätte aber größere Bedenken als der Eingriff in die Schenkungsfreiheit.

Unter „Schenkungen" sind alle das Vermögen mindernde Freigebigkeiten begriffen; auch negotia mixta cum donationibus zu ihrem Theile. Eine der wichtigsten Formen ist die dos und die entsprechende Ausrüstung der Söhne. Wenn im Entwurfe § 1500 steht: die „Ausstattung „zur Verheirathung oder Einrichtung eines eigenen Hausstandes durch „Vater oder Mutter gilt nicht als Schenkung", so ist dies in dem eigenartigen Sinne des Entwurfes zu verstehen (Motive IV, S. 719). Nur die Beihülfe zum Hausstande selbst ist ausgenommen; ein der dos ähnliches Heirathsgut dagegen gilt auch hier als wahre Schenkung.

II. Die Anfechtung von Schenkungen durch den Notherben ist nach römischem Rechte zunächst als Erweiterung der gewöhnlichen Pflichttheilsklage vorgestellt. Lieblos erschien es, durch letztwillige Verfügungen, lieblos, durch Schenkungen die legitima portio zu schmälern. Daher eine Klagbeschwerde, querella, ad instar (ad similitudinem) inofficiosi testamenti gegeben; übergroße (immodicae, immensae donationes, improbabilis donationis enormitas) Schenkungen sind inofficiös.

Diese Analogie lag nahe, um in einzelnen praktischen Fällen Rechtshülfe nach Maß und Billigkeit zu gewähren: in der That sind es ausschließlich kaiserliche Decrete, welche den neuen, dem älteren Rechte unbekannten Gedanken verwerthen. Sie reicht aber nicht aus; niemals kann eine Schenkung vernichtbar sei, wenn nur Schutz der erbrechtlichen Pflichttheilsquote nach Art der querella inofficiosi gewährt wird. Die Front mußte somit verändert werden. Nicht erst durch Nachlaßverfügung, durch Schenkung bereits kann der künftige Erblasser das officium pietatis verletzen: dies geschieht, wenn das Uebermaß der Schenkung in dem jetzigen Vermögen des Schenkers nicht den Pflichttheil zurückläßt. Der Schenkungsaugenblick erscheint für diese rechtliche Betrachtung als der für das Beerbungsrecht entscheidende Termin; wäre damals — das ungeschmälerte Vermögen als Nachlaß und die Schenkung als letzt-

Digitized by Google

willige Verfügung fingirt —, die querella inofficiosi testamenti zuläſſig geweſen, ſo kann ſpäter bei der Erbfolge der ſo begründete Anſpruch durch die querella inofficiosi donationis zur Ausübung gelangen. Dies ſcheint der Grundgedanke ſämmtlicher hierauf bezüglicher Quellenſtellen zu ſein (cf. beſonders tit. 3. 29 Cod.; l. 87 § 3 D. legat. II). Klar ausgeſprochen iſt dies Zurückgehen auf die Schenkungszeit, abgeſehen von vat. frgm. 280, deſſen Bedeutung durch die abgeänderte Aufnahme in l. 7 Cod. 3. 29 geſchmälert wird, aber nur in Nov. 92 cap. I: necessarium habeat in distributione hereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater — faceret. Auf das Nachdrücklichſte ſei hier ſchon hervorgehoben, daß dieſe Berechnungsweiſe ausſchließlich gilt, wenn die Schenkung ſelbſt übermäßig iſt; denn der citirte Ausſpruch iſt nur der Nachſatz zu der Vorausſetzung: si quis donationem immensam fecerit.

Die Schwierigkeiten, welche dieſer neue Rechtsanſpruch darbietet, rühren daher, daß er aus zwei ſich begrifflich ausſchließenden Rechtselementen zuſammengefügt iſt. Es handelt ſich nicht um die gewohnte Anfechtung eines Rechtsgeſchäftes unter Lebenden, denn es wird vollſter Anſchluß an das Erbrecht genommen. Erſt mit dem Tode des Schenkers iſt ein verfolgbarer Anſpruch da; nur für denjenigen, der jetzt als Pflichttheilserbe berechtigt iſt; jetzt erſt iſt die actio nata, die auch die perſönliche Natur und kurze Verjährung der qu. inofficiosi annimmt. Umgekehrt iſt die Klage keineswegs eine rein erbrechtliche. Weder erſtreckt ſie, noch beſchränkt ſie ſich auf den Nachlaß; ſie findet ſtatt auch gegen Dritte, die an der Erbfolge gänzlich unbetheiligt ſind, und nimmt nicht zur Vorausſetzung eine letztwillig verletzende Verfügung. Nun werden außerdem zwiſchen der Schenkung und dem Eintritt der Erbfolge mannigfache Aenderungen mit dem Vermögen des Schenkers vorgehen, neues Gut wird erworben oder auch der Reſt geht verloren, weitere Schenkungen vermindern es; und daſſelbe gilt von der Stellung und Exiſtenz der Pflichterben. Zur Auslöſung einer Antwort bei ſolchen Vorgängen im rechtlichen Thatbeſtande iſt es offenſichtig entſcheidend, welcher Seite in der eben erwähnten Doppelnatur des Anſpruches das Uebergewicht zuerkannt wird. Iſt es Anfechtung des damaligen Uebermaßes, oder iſt es ebenſo ſehr auch ein erbrechtlicher Anſpruch?

Für die Löſung in dieſem Sinne hat das römiſche Recht ſo gut wie nichts geleiſtet. Es ſcheint, daß die Handhabung im Einzelnen dem Ermeſſen der gerichtlichen Organe überlaſſen blieb; ſie ſollen „auxilium ad instar inofficiosi, auxilium aequitatis“ gewähren oder auch: „ad

Digitized by Google

exemplum inofficiosi praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit". Wie dies gehandhabt wurde, wissen wir nicht; der führende Grundsatz ist indessen von Justinian in Nov. 92 zur vollen Klarheit neu formulirt. Aber die Theorie hat dafür seit lange begonnen, aus der Zwitternatur der querella inofficiosi ein brauchbares System zu bereiten, das für die zahlreichen Einzelfragen die Entscheidung enthalte.

Auf das Gewirr der Meinungen gehe ich nicht ein. Es handelt sich hier darum, ein Urtheil zu gewinnen über die rechtliche und die praktische Brauchbarkeit des auf dem römischen Rechtsgedanken aufgebauten Systemes. Für solche Beurtheilungen sind die neueren Forschungen von besonderer Bedeutung. Es trifft sich günstig, daß wir in dieser Hinsicht für die wesentlichen Grundsätze heute von einer herrschenden gemeinrechtlichen Meinung sprechen können.

(Besonders zu vergleichen sind: Glück: Commentar Bd. VII S. 156 ff., XXXVI S. 38 ff.; Arndts: im Rechts-Lexikon VIII S. 162; Göschen: Vorlesungen II § 541; die Pandekten-Lehrbücher von: Vangerow II § 482; Puchta § 491; Sintenis III § 200; Seuffert § 664; Windscheid III § 586; Dernburg III § 156; — Mommsen: Entwurf § 508—510; Francke: das Recht der Notherben, und die ausführliche neueste Monographie; Schröder: Notherbenrecht S. 498 ff. — Binding: Archiv f. civ. Pr. Bd. 58 S. 170; Schultzenstein: Beitr. z. L. v. Pflichttheilsrecht.)

Im Anschluß an die herrschende Lehre hat die Untersuchung vorzuschreiten. Kurz festzustellen ist:

1. Der Umfang des Anspruches aus der querella inofficiosae donationis (III).

Dann aber ist die praktische Probe zu machen für die Fälle, in denen der Vermögensstand wechselt, und demnach auch der Nachlaß höher oder niedriger ausfällt. Hier mag sich in detaillirter Prüfung zeigen, ob das römische System sich bewährt oder nicht. Daher ist:

2. der Fall der späteren Verminderung des Vermögens (IV),
3. derjenige der späteren Vermehrung zu erwägen (V).

Daran schließt sich die Würdigung des Systemes sub VI.

III. Inhalt des Anspruches ist Anfechtung der Schenkung bis zu der Höhe des Pflichttheiles nach damaligem Vermögensstand. Je nach dem Nachlaßgute, das für ihn verbleibt, kann der Notherbe hier Ergänzung oder volle Gewährung jener Quote verlangen. Insofern vereinigt dieselbe Klage in sich die Bestimmung der actio ad supplendam

Digitized by Google

legitimam und der querella inofficiosi. Letztere ist hier aber auf den Pflichttheil beschränkt.

Wollte man allerdings sich allein auf die Analogie stützen, so müßte man sagen: wie die querella inofficiosi, muß bei Totalverletzung auch unsere querella auf den ganzen Intestaterbtheil gehen; de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse non ambigitur. In dem Reskript des Severus Alexander l. 87 § 3 D. 31 ist dies offenkundig anerkannt; der durch die Schenkung an den Miterben Benachtheiligte kann diese zur Hälfte zurückholen (pro dimidia parte revocari). Indessen spätere Kaiser haben das Maß der Billigkeit und Rechtshülfe auf den Pflichttheil eingeschränkt. Neben l. 2 und 7 C. 3, 29 bestätigt dies Nov. 92 besonders in den, wie es scheint, kaum beachteten Worten: propterea nunc augmentum illi legi hoc facimus (a. E. von cap. I).

Justinian erklärt, daß er den Klaganspruch auch hier auf die Höhe des neuen Pflichttheils von $^1/_3$ resp. $^1/_2$ der Intestatportion „verstärke". Folglich war bis dahin geltendes Recht: die querella inofficiosae donationis geht nur auf die alte legitima portio.

Mit dieser Begrenzung der Schenkungsanfechtung wird man überall sich einverstanden erklären können. Der Pflichttheil, und nicht mehr, soll geschützt werden. Allerdings ist damit nichts gesagt über das Vermögen, von welchem er zu berechnen ist: die Schwierigkeiten und der Meinungsstreit beginnen erst mit dieser Frage.

IV. Durch spätere Verminderung des Vermögensrestes kann eine Schenkung, welche ihrer Zeit den Pflichttheil zurückließ, nicht pflichtwidrig werden. Dieser allseitig genehmigte Satz ist durchaus folgerichtig abgeleitet: denn ob eine Schenkung immodica ist, entscheidet allein ihr Verhältniß zum damaligen Vermögen; das ist ja gerade die charakteristische Voraussetzung dieses Rechtsanspruches. Imgleichen ist es bedeutungslos, wodurch die Minderung herbeigeführt wurde, ob durch zufällige Verluste, Verschleuderung oder durch weitere nachfolgende Schenkungen. So unabweisbar die Folgerung, so unerträglich ist das praktische Ergebniß, zu dem sie bei genauerer Erwägung führt.

1. Besonders lehrreich ist in dieser Hinsicht der Fall, daß der Schenker eine Mehrzahl von Schenkungen vornimmt. An sich könnte man sagen: wenn es auf das Uebermaß ankommt, so muß alles, was für die eine Schenkung gilt, auch von der anderen gelten; für jede also gesonderte Berechnung nach dem Vermögen, von dem sie genommen. Die Folge wäre dann, daß durch eine Reihe von Schenkungen der Pflicht-

Digitized by Google

theil auf ein Minimum herabgemindert werden könnte, ohne daß eine als immodica der Anfechtung unterläge. Beispiel — (hier wie in allen folgenden Beispielen wird zum bequemeren Verständnisse angenommen, daß mindestens fünf Pflichtteilserben vorhanden sind, deren portiones legitimae zusammen also die Hälfte des Vermögens resp. Nachlasses betragen): ursprüngliches Vermögen 8, Schenkung a = 4; vom Reste Schenkung b = 2; dann Schenkung c = 1 und so fort. Jede einzelne Schenkung ist, wie die Glosse sich ausdrückt, legitime facta.

Richtig ist der Einwand: der Schenker darf nicht durch Theilhandlungen einen Erfolg gültig herbeiführen können, der durch eine Gesammthandlung bewirkt, anfechtbar wäre. Um dies zu verhüten, giebt es keinen anderen Ausweg, als zu dem weiteren Satze fortzuschreiten: der Betrag einer Mehrheit von Schenkungen ist zusammenzurechnen. Auch dies ist der herrschenden Lehre zuzugeben, daß aus der Summirung aller sich nicht eine rechtliche Gleichstellung der einzelnen zu einander ergiebt, und daß dementsprechend, soweit eine Reduktion der Schenkungen nothwendig wird, diese nicht pro rata von allen geschieht, sondern mit der letzten beginnend, den vollen Betrag ergreift, bis Befriedigung des Pflichttheiles erzielt ist. Der augenscheinliche Grund ist, daß mit einer von diesen der verletzende Erfolg beginnt, alle nachfolgenden an demselben theilnehmen, die früheren gültigen aber durch solche spätere Verminderung nicht beeinträchtigt werden dürfen. Ursprüngliches Vermögen 8, Schenkung a = 3; Schenkung b = 2; Schenkung c = 1. Summe der Schenkungen = 6, Pflichttheil = 4; Verletzung = 2. Also wird Schenkung c völlig und b zur Hälfte aufgelöst. Natürlich muß diese Reduction nöthigenfalls bis zur Schenkung a hinaufgeführt werden; aber nur dann, wenn auch diese allein für sich schon immodica ist. Verletzung = 8; Schenkung a = 5; Schenkung b = 1; Schenkung c = 1, dann werden c und b ganz, a um den Betrag von 1 angefochten.

2. Die Feststellung aller, jemals vom Erblasser vorgenommenen, Schenkungen wird praktisch immerhin auf einige Schwierigkeiten stoßen. Sie wird sich gleichwohl kaum bei irgend einem Systeme umgehen lassen. Was aber beginnt man mit der so gewonnenen Summe; von welchem Vermögensbestande muß berechnet werden, ob und wie weit eine Reduction statthaft ist? Ausdrückliche Antwort ist darauf, soweit ich sehe, nicht gegeben. Man wird sich indessen der Consequenz nicht entziehen können, die in der Methode der Zusammenrechnung der Schenkungen liegt. Danach soll es gleich sein, ob auf einmal oder nacheinander diese Summe weggegeben ist; der Pflichttheil ferner, wie er ohne diese Schen-

Digitized by Google

kungen nach dem früheren Vermögen gewesen wäre, soll nicht geschmälert werden: folglich ist der Berechnung zu Grunde zu legen der unversehrte Vermögensbestand im Augenblicke der ersten Schenkung. Auch aus den allerdings sehr dürftigen Quellenstellen läßt sich dies wohl herauslesen; vor allem aus Nov. 92 cap. I, nach welcher der Sohn trotz mehrerer Schenkungen des Vaters den Pflichttheil berechnen kann von der ursprünglichen Höhe des Gutes: in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris antequam donationibus exhauriretur. Auch insofern ist dieses Gesetz von Bedeutung, als in dem unmittelbar vorausgehenden Satze nur von einer donatio die Rede ist, und die hierfür vorgeschriebene Berechnungsmethode ohne weitere Bemerkung mit leichter Handwendung genau ebenso auf eine Mehrzahl von Schenkungen übertragen wird. So erhellt, daß Zusammenrechnung und gleiche Behandlung, wie wenn die erste Schenkung bereits diese Summenhöhe gehabt, vorausgesetzt wird. Schließlich kommt negativ der Grund hinzu: keine Einzelberechnung für jede Schenkung, da, wie oben gezeigt, sonst überhaupt jede Reduction von einem geschickten Erblasser ausgeschlossen werden könnte.

3. Die Anwendung dieser theoretisch so klaren Sätze führt indessen zu den allergrößten Schwierigkeiten. Das Vermögen betrug = 8, davon Schenkung a = 6; bleibt Rest 2, der sich durch späteren Gewinn auf 20 vermehrt, davon Schenkung b = 16, Nachlaß = 4. Bei der Dauer eines Lebens, die sich zwischen Schenkung a und Nachlaß schieben kann, sind ähnliche Vermögensverschiebungen sicher zu erwarten. Was soll nun geschehen? Der Pflichttheil muß berechnet werden vom Vermögen vor Schenkung a; also beträgt er = 4. So viel ist im Nachlasse. Also ist keine Schenkung anfechtbar, obwohl jede für sich höchst inofficiös ist! Aber die Schenkungen sollen doch auch zusammengerechnet werden; sie betragen = 22. Damit ist offenbar nichts anzufangen, denn das ursprüngliche Vermögen hält den Vergleich nicht aus. Oder müssen sie zu diesem hinzugezählt, und nun von 30 der Pflichttheil = 15 berechnet werden? das gäbe wohl ein ganz billiges Resultat paßt aber durchaus nicht zu Nov. 92; von solcher Zurechnung ist nirgends die Rede, sie ist auch nirgends behauptet, denn sie würde das ganze System umwerfen. Der unbestrittene Normalfall ist: Vermögen = 8, Schenkung = 5, also Pflichttheil = 4 (d. h. von 8 und nicht von 8 + 5 berechnet).

So versagen die Rechtsregeln ihre Hülfe zur Lösung, und was billig scheint, ist nicht rechtens. Der Berechnungsmodus von dem ursprünglichen Vermögen aus ist willkürlich und unzureichend.

Digitized by Google

4. Zur vollen Würdigung dieses Systemes nehme ich jetzt den ohne Ausnahme gelehrten Satz hinzu, daß eine Minderung des Vermögens durch andere Umstände als Schenkungen keinen Anfechtungsgrund gewähren kann. Es findet sich denn auch keine Vorschrift in den Quellen, welche nach dieser Richtung den Pflichttheilserben Schutz gewähren wollte. Also: ursprüngliches Vermögen = 8; Schenkung = 4; der Schenker verliert, verspielt 2c. 3 oder den ganzen Rest; Resultat: die Kinder bleiben in Dürftigkeit zurück, und der Beschenkte erfreut sich des bequem Erworbenen. Dieser Mißklang wird um so auffälliger, wenn die Ereignisse als eng zusammengedrängt gedacht werden: großer Gewinn und Geberlaune an die Menge der Freunde, Börsenkrach, alles verloren, Selbstmord, Familie hülflos, keine Anfechtung.

Diese Regelung bietet den wichtigen Beweis, daß nach römischer Auffassung die querella inofficiosae donationis *im wesentlichen die Natur der Anfechtung eines einzelnen Rechtsgeschäfts* hat; denn dieses wird lediglich für sich allein betrachtet, abgelöst von der Beziehung zu den späteren Schicksalen des Vermögens und vor allem von der Beziehung zum Nachlasse. Nur so ist es erklärlich, daß die querella so wenig ihre Bestimmung erfüllt. Beabsichtigt ist sicher, daß die Schenkungen in ein angemessenes Verhältniß zu dem ganzen Vermögen gebracht werden, sie sollen mindestens den Pflichttheil zurücklassen. Wäre weiter nichts gesagt, so wäre Hülfe auch in unserem Falle zu geben; aber da hinzugefügt wird: „damals und von dem Vermögen vor der Schenkung," so wird es unmöglich, nachträglich, wenn jene die Schenkungshöhe rechtfertigende Beziehung fortfällt, eine Anfechtung zu begründen. Allzu kurzsichtig ist der Vermögenswechsel gar nicht in Erwägung gezogen; so ist die Differenz zwischen dem Schenkungsrückstand und dem Nachlasse nicht beachtet.

V. Einem anderen Principe scheint die querella allerdings zugeführt zu werden durch den Satz: spätere ausreichende *Vermehrung des Vermögens heilt die ursprüngliche Pflichtwidrigkeit* der Schenkung. Also: Vermögen = 8; Schenkung = 7, späterer Erwerb = 3; keine Anfechtung, da der Rest von 4 den ursprünglichen Pflichttheil ausfüllt. Die hierin liegende Annäherung an den erbrechtlichen Gedanken ist von Neueren noch verstärkt worden. Zuerst Francke und nach ihm einstimmig die gemeinrechtliche heutige Lehre sieht in jener Rechnung einen Fehler: auch von dem neuerworbenen Gute ist die Pflichttheilsquote zu berechnen („natürlich", „es versteht sich" und ähnlich lauten die

Digitized by Google

Behauptungen). Also in dem eben gegebenen Falle ist der Pflichttheil von 8 und 3 zu nehmen = $5\frac{1}{2}$, und die Schenkung ist um $1\frac{1}{2}$ anfechtbar. Die Aequität dieses Ergebnisses giebt indessen kein Recht zu der Theorie selbst; die Quellen stehen dagegen: in distributione hereditatis tantam — servare ex lege partem quanta fuit, priusquam donationem faceret. Der Pflichttheilserbe kann sich nicht beklagen, wenn er so viel erhält, wieviel seine portio legitima nach dem ursprünglichen Vermögensstande betrug. Davon kann nicht abgegangen werden. Auch die Methode der neuen Rechnungsweise unterliegt dem Bedenken, daß sie willkürlich die Einheit des Nachlasses zerstückelt und zwei Pflichttheile berechnet, was irrationell ist. Die Sachlage kann nur diese sein: Auf Vermögensmehrung legt das Recht der qu. inofficiosae don. ebensowenig Bedeutung wie auf Vermögensminderung. Da aber die Schenkungsanfechtung eine Vermögensbeeinträchtigung voraussetzt, muß sie cessiren, wenn durch andere Umstände der Notherbe die quota pars hat. Begnügt er sich auf Grund dessen mit dem Nachlasse, so hat er seine Nachlaßansprüche. Ist es ihm von Vortheil, unsere querella anzuwenden, so muß er sich klar sein, daß diese nur auf den damaligen Pflichttheil zur Schenkungszeit geht, nicht mehr und nicht minder, und daß die Klage sich eben nur gegen den Beschenkten wendet und von diesem nach ausdrücklicher Satzung nur das verlangen kann, was er damals proportionell zu viel erhalten hat. Von einer Erhöhung des Pflichttheiles selbst den Testamentserben etc. gegenüber ist nicht die Rede. Vgl. unten sub VI 2.

VI. So wenig vom dogmatischen Standpunkte der Richtung der neueren gemeinrechtlichen Lehre zuzustimmen ist, so bedeutungsvoll ist diese für die vorliegende Frage. Die Abwendung vom römischen Rechte, um der Billigkeit und dem praktisch zu erstrebenden Erfolge gerecht zu werden, legt ein gewichtiges Wort gegen dies selbst ein. Die gefundenen unzulänglichen Resultate, die nur durch eine Menge verbesserter Aushülferegeln zu vermeiden wären, zwingen denn zu dem Schlusse, daß das Princip selbst, von dem ausgegangen wird, ein verfehltes ist.

1. Der Fehler entwickelt sich daraus, daß nicht der Nachlaß, sondern die Vermögenshöhe zu der willkürlichen Schenkungszeit zum Ausgang genommen wird. Statt eines den Erben sichernden Ruhepunktes: in dem Nachlasse soll er so viel finden — ist versucht, in die flüchtige Bewegung des Vermögens einen Maaßstab zu befestigen, und an Stelle des erbrechtlichen Anspruches tritt eine unvollkommene Methode, einzelne Rechtsgeschäfte anzufechten. Leicht möglich, daß diese Regelung

Digitized by Google

nur Folge eines Verſehens iſt, denn alle Quellenentſcheidungen nehmen zur Vorausſetzung: es iſt alles oder faſt alles Vermögen verſchenkt, und zwar an einzelne Kinder und Enkel (Ausnahme hiervon nur l. 1 Cod. 3. 29) und ferner: es iſt eine Veränderung mit dem Vermögensbeſtande nicht vorgegangen, ſondern der Miterbe hat nun alles und verweigert Herausgabe mit Erfolg, da die gewöhnlichen Klagen nur gegen Verfügungen von Todeswegen aushelfen. Gewiß lag es nahe, hier zu verordnen: du Beſchenkter haftest dem Pflichttheilserben auf die Quote, die er ohne die Schenkung von dem Vermögen vor dieſer zu erhalten hatte. Aber ebenſo gewiß iſt, daß dieſe Regelung die rechte Hülfe nicht gewährt.

2. Dazu kommt ein äußerſt wichtiger zweiter Umſtand. Wenn jemand ſein Vermögen durch Schenkungen gemindert hat, ſo iſt doch zu verlangen, daß er dem Notherben reichlichen Erſatz durch eine höhere Quote vom Erbgute gewährt.

Mit der Höhe der Schenkungen müßte ſich alſo in parallelem Verhältniſſe die Pflichttheilsquote erhöhen. Das findet indeſſen nicht ſtatt, denn die Vorausſetzung hierzu, daß aus Nachlaß und Schenkungen eine Maſſe berechnet würde, fehlt im römiſchen Rechte. Der Pflichttheilserbe kann nur die Quote vom Vermögen vor der erſten Schenkung begehren und bis zu deren Höhe Verſtärkung ſeiner Nachlaßquote durch die querella erwirken. Da aber dieſe Klage nur und ausſchließlich bei immodicae donationes gegeben iſt und lediglich ein Rechtsmittel iſt, um gegen die Beſchenkten das einzelne Rechtsgeſchäft anzugreifen: ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß die querella inofficiosae donationis kein erbrechtliches, die Nachlaßforderung ſelbſt verſtärkendes Rechtsmittel iſt. Sie iſt niemals anwendbar, wenn die Schenkung das rechte Maß einhielt. Alſo: Vermögen = 8, Schenkung = 4; Nachlaß = 4. Die Pflichttheile betragen dann $^1/_2$ des Nachlaſſes = 2!

Dies Reſultat iſt ſo unbegreiflich, daß man an ſeiner Richtigkeit zunächſt zweifeln muß. Aber was iſt zu thun? Gewiß, nach dem urſprünglichen Vermögen wäre die Quote der Pflichttheile = 4. Aber giebt es denn eine Klage auf dieſe? Die querella inofficiosi testamenti ebenſowenig wie die actio ad supplendam legitimam, vorausgeſetzt daß den Notherben 2 hinterlaſſen iſt. Beide Klagen gehen nur auf ausreichende Gewährung des Pflichttheiles vom Nachlaſſe, und dieſe liegt vor. Die querella inofficiosae donationis ebenſowenig, denn die Schenkung ließ ja den geſetzlich genügenden Theil im Vermögen zurück. — Das Ergebniß wird geradezu widerſinnig, wenn man hinzunimmt, daß der Pflichttheil

Digitized by Google

sich dagegen dann auf eine ausreichende Höhe verstärkt, wenn die Schenkung sich höher, z. B. auf $4^1/_2$ belief, denn dann ist die Anwendung der querella inofficiosae donationis möglich, und der Pflichttheil wird von 2 auf 4 ergänzt.

Der Grund der hier hervortretenden fehlerhaften Folgen ist zu suchen in der einseitigen Rücksichtslosigkeit unserer querella. Es ist ein einzelner Punkt herausgegriffen, und nichts ist geschehen, um ihn in das übrige System hineinzuarbeiten: es fehlt der Zusammenhang mit den übrigen Schutzmitteln des Notherbenrechtes. So wirkt die eine Klage hier, die andere dort, und es ist Zufall, wenn sie ein harmonisches Resultat erreichen.

3. In gleicher Weise stößt die praktische Durchführung der querella auf außerordentliche Schwierigkeiten. Zu den Voraussetzungen des Klageanspruches gehört neben der Feststellung des Nachlasses und des Betrages sämmtlicher Schenkungen der Nachweis der Vermögenshöhe vor der ersten Schenkung. Wenn letztere 20—30 Jahre zurückliegt, ist der Beweis so gut wie unmöglich, und selbst bei kürzerer Zwischenfrist dürfte er kaum zu erbringen sein.

Unter den uns aufbewahrten Entscheidungen über Klagen mit der querella inofficiosae donationis ist denn auch selten eine, in welcher der Notherbe mit seinem Anspruche durchdränge. Daß die Klage als „unschlüssig" abzuweisen, ist das übliche Resultat. Von den unendlichen Rechnereien, die bei der Prüfung des Rechtsstreites nöthig werden, giebt das Erkenntniß der O.A.G zu Dresden (Ztschr. f. Rechtspfl. und Verw. f. Sachsen. N.F. Bd. 15 Heft 3 Nr. 67) genügenden Eindruck.

Die Erkenntnisse über Klagen auf Schenkungsanfechtung (besonders: Seufferts Archiv: 3, 356; 4, 137; 7, 213; 9, 193; 23, 152, 238; 25, 253; 36, 155; 37, 49; Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen Bd. 15 H. 5 Nr. 67, 132; Bd. 17 H. 1 Nr. 6; Ztschr. f. Rechtspfl. f. Braunschweig Jahrg. 5 S. 134, 137) zeugen ferner für die große Unsicherheit, welche im Volke selbst herrscht über die Auffassung der Rechte des Notherben. Es wird auch kaum gelingen, verständlich zu machen weshalb man nicht von dem Erbgute ausgehen darf, sondern auf die Berechnung aus einem „fictiven Nachlasse" zur ersten Schenkungszeit und auf dessen eventuell höchst ungünstige Ergebnisse verwiesen wird. Dennoch ist bislang der Satz in constanter Praxis festgehalten: „inofficiös ist eine Schenkung dann, wenn sie den Pflichttheil des Erben im Vermögen des Schenkers zur Zeit der Schenkung nicht zurück-

Digitized by Google

läßt". Und durchaus mit Recht; denn die Auslegung des römischen Rechtes kann zu keiner Aenderung dieser Rechtsregel führen.

4. Die Verwickelung der Meinungen kann nichts besser illustriren, als ein Erkenntniß unseres höchsten Gerichtshofes (Entsch. des Reichsgerichts Bd. IV S. 119 ff.). Mutter mit 5 Kindern schenkt an Sohn A 3000 Mark, giebt ihr damaliges Vermögen an auf 7200 Mark, hinterläßt 4050, die sie testamentarisch vertheilt: A heres, B 1500, C 600, D 450, E 450 Mark. — Der Pflichttheil eines Jeden nach der gewöhnlichen Berechnung beträgt $^1/_{10}$ des Nachlasses, also 405 Mark, keines der Kinder wäre dann verletzt; auch die Schenkung aber ist „legitime" geschehen. Also Abweisung der sich beschwerenden Erben B—E. So die Vorinstanz. Das Reichsgericht dagegen spricht die Klage zu. Allerdings sei die Schenkung nicht inofficiös, es handle sich aber nur um die Zulässigkeit der „actio suppletoria". „Nun ist freilich auch der Pflichttheil, wenn er aus dem Betrage der wirklichen Nachlassenschaft berechnet wird, nicht verletzt, wohl aber ist er dies, wenn für die Ausmessung seiner Größe die verschenkte Summe dem wirklichen Nachlaßbestande hinzuzurechnen ist." (Unter willkürlichen Suppositionen kann man natürlich zu jedem Ergebnisse gelangen.) „Und dies Letztere ist die richtige Auffassung." Hier bereits schwankt der Boden. Was hat die actio suppletoria mit der Schenkung zu thun? Sofort wird denn auch eine Schwenkung unvermittelt vollzogen, und es heißt weiter: die querella inoff. don. beruht auf dem Grundsatze: der Pflichttheil ist nicht durch Schenkungen zu beeinträchtigen. „Wenn auch dieser Grundsatz in den Quellen nur „angewandt ist auf solche Fälle, in welchen die Schenkung selbst eine „Verletzung des Pflichttheiles in sich schließt und deshalb für anfechtbar „erklärt wird, so folgt doch aus denselben mit Nothwendigkeit, daß auch „eine erlaubte Schenkung nicht zu einer Beeinträchtigung der Pflichttheils„rechte führen darf. Dahin würde sie aber führen können, wenn nicht „in Betreff der Anfechtbarkeit der späteren Schenkungen sowie der letzt„willigen Verfügungen des Erblassers es so anzusehen wäre, als ob der „verschenkte Betrag in seinem Vermögen verblieben sei und einen Bestandtheil des Nachlasses bilde!" Das Reichsgericht berechnet also jeden Pflichttheil auf $^1/_{10}$ von $4050 + 3000 = 705$ Mark und spricht einen Ergänzungsanspruch bis zu dieser Höhe zu.

Nach dem ganzen Systeme und nach allen Aussprüchen der Quellen kann es nicht zweifelhaft sein, daß es einen also berechneten Pflichttheil im römischen Recht nicht giebt. (Vergl. oben S. 52.) Nirgends ist auch nur angedeutet, daß eine Zusammenrechnung von Nachlaß und Schen-

Digitized by Google

kung statthaft sei; das Gegentheil ergiebt sich aus jedem Worte der römischen Satzungen. Keine actio, keine querella, keinen Rechtssatz kann das Reichsgericht für seine Deduction anrufen. Um so bedeutungsvoller ist das Vorgehen des Gerichtshofes für uns hier. Die kühne Abwendung vom geschriebenen Rechte beweist, daß unser heutiges Rechtsbewußtsein sich mit den Resultaten und dem Grundgedanken, wie sie im Codex und vor allem in Novelle 92 angeordnet sind, nicht begnügen kann und fast gewaltsam nach einer anderen Methode der Regelung der Schenkungsanfechtung drängt.

VII. Aus den Gründen, welche zur Ablehnung des Systems des gemeinen Rechts führen, ergiebt sich zugleich die Richtung, die eine zweckentsprechende Rechtsordnung einzuschlagen hat. Schutz ist dem Pflichttheilsberechtigten zu geben, weil und wie er Erbe ist, und nur vom erbrechtlichen Standpunkte aus. Wie groß des Erblassers Gut zu einer gewissen Zeit seines Lebens war, geht den Erben gar nichts an: irrationell ist es, diesem ein darauf bezügliches Recht nach römischer Auffassung zu gewähren, unzulänglich ist es, ihn darauf zu beschränken. So bleibt der Ausweg nur, *vom Nachlasse auszugehen und mit diesem die Schenkungen zu combiniren*. Dies ist die Auffassung des Code civil art. 922: — en formant une masse de tous les biens existans au décès du donateur ou testateur; on y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donation entre-vifs. — Einen Zwischenstandpunkt hat das preußische Landrecht eingenommen Th. I Tit. 11 § 1113. Zum Nachlasse werden die Schenkungen der letzten drei Jahre vor der Erbschaftseröffnung hinzu gezählt, vom Ganzen der Pflichttheil berechnet, aber anfechtbar sind die Schenkungen nur bis zur Hälfte ihres Betrages. (So: Förster-Eccius 5. Aufl. Bd. IV § 248 Anm. 164. Die unklare Fassung des Gesetzes läßt viele Zweifel.) Diese gekünstelte Berechnungsweise hat keine Gründe für sich; ihre Resultate sind unbillig und unzureichend. Die Motive zum preußischen Entwurfe von 1831, I 11 § 798 ff. S. 193 haben dies überzeugend dargelegt und den vollen Uebergang zum französischen System ebenso vorgeschlagen, wie der bayerische Entwurf von 1861 Art. 111.

Auch unser *Entwurf* eines bürgerlichen Gesetzbuches hat sich für die Grundsätze des Code civil entschieden.

Das französische Recht, das somit den Wendepunkt in der Entwicklung der erbrechtlichen Schenkungsanfechtung bildet, hat hier lediglich eine Consequenz seiner gesammten Regelung der Erbfolge entwickelt. Die

Digitized by Google

Idee, daß das Gut der Einzelnen zugleich Familiengut (daher: „Stammgut") ist, wurde von dem Gewohnheitsrechte festgehalten. So sehr die Herrschaftsrechte des zeitigen Inhabers anerkannt werden, so ist doch seine Verfügungsgewalt stets eingeschränkt durch den Hinblick auf das Mitrecht des Stammes. Während daher das römische Recht nur Beschränkung der an sich freien Einzelherrschaft (uti legassit ita ius esto) ausnahmsweise zuläßt, ist hier die Festlegung des Vermögens die grundlegende Voraussetzung und die freie Verfügung die Ausnahme. Dieser unentziehbare „Vorbehalt" der Stammeserben ruht auf dem ganzen Vermögen, nicht etwa nur auf dem Nachlasse. So ist von vorn herein klar, daß letztwillige Verfügungen und Schenkungen diesbezüglich durchaus gleichstehen müssen, und der Vorbehalt als eine Quote erscheint des aus Nachlaß und Schenkungen berechneten Gesammtgutes.

Das Erbrechtssystem des Entwurfes ist nicht das des französischen Rechtes; Familienerbrecht oder Stammesgut ist nicht die Grundlage der gesetzlichen Erbfolge auf den Pflichttheil. Da somit der Vordersatz hier fehlt, schien die unmittelbare Uebernahme der im Code civil art. 922 gezogenen Folgerung nicht möglich. Es wurde zur Bildung eines besonderen Rechtsinstitutes geschritten, dessen Begründung nicht überall einfach und einwandsfrei ist, und während der Abzug von den Schenkungen (genauer: action en réduction) im C. c. als gewöhnliche Rechtsfolge aus der durchaus normalen Berechnung des Vorbehaltes vorgeschrieben wird, hat der Entwurf hier einen *außerordentlichen Pflichttheil* construirt.

VIII. Einem solchen neu gebildeten Rechtsgedanken gegenüber ist zunächst Stellung zu nehmen. Was versteht der Entwurf unter dem ao. Pflichttheil? Ist dieser systemgerecht entwickelt und der richtige Ausdruck für das als leitend anerkannte Princip?

Die Motive V S. 451 sprechen sich über den führenden Grundsatz so aus: „der Pflichttheilsberechtigte braucht Schenkungen des Erblassers „nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn ihm nicht so viel hinterlassen „ist, als der Pflichttheil betragen würde, wenn das Verschenkte sich zur „Zeit des Erbfalles noch im Nachlasse befände." Selbstverständliche Ergänzung ist, daß der Nachlaß selbst als ungeschmälert durch letztwillige Verfügungen dabei angesetzt wird. Genauer wäre der Pflichttheil also hier ebenso definirt, wie es bereits art. 298 der Coutume de Paris ausdrückt: als Quote „de telle part et portion que chacun enfant eut eu en la succession des—ascendans, si les—ascendans n'eussent disposé par

Digitized by Google

donations entre vifs ou dernière volonté.“ Dieser treffend vorangestellte Grundsatz der Motive hat nur den einen Mangel, daß er im Gesetze selbst nicht steht. An Stelle der schlichten Zusammenfassung tritt Zersplitterung, wie wenn eine andere Hand das errungene Werk zerfäsert hätte.

Der Entwurf § 2009 ordnet an: der Erblasser hat „den Pflichttheil so zu hinterlassen, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre“. Die hieraus „sich ergebende Erhöhung des Pflichttheiles“ ist der außerordentliche Pflichttheil (§ 2010). Um diese Vorschrift sich klar zu machen, muß man auf § 1975 zurück gehen, wo der Pflichttheil als „die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheiles“ bestimmt wird. Dies Letzte erscheint nunmehr uncorrect, denn der Pflichttheil ist ja, wie § 2009 beweist, in ganz anderer Höhe zu hinterlassen; und umgekehrt ist der ao. Pflichttheil zweifelhaft, da er als Quote des „Erbtheils“ sich nicht wohl auf Schenkungen erstrecken läßt! Dann ist auch die Ausdrucksweise: „wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre“, farblos; die Hauptsache ist, daß sie dem Nachlasse zugerechnet werden soll, das erfährt man aber erst durch den Vergleich mit § 1975. Wenn man nun mit Sorgfalt aus den Theilstücken das Ganze zusammenfügt und die Motive zu Hülfe nimmt, wird sich ergeben, daß die eben geäußerten Bedenken sich beseitigen lassen, und daß das Bild eines harmonischen Rechtsinstitutes entsteht. Wenn irgendwo, so ist aber hier bei einer ohnedem verwickelten Materie äußerste Klarheit und bequeme Durchsichtigkeit die oberste Voraussetzung des Erfolges: das Gute der neuen, bisher ungewohnten Rechtsregelung kann nur so vor Mißverständniß bewahrt werden.

Der ganze „außerordentliche Pflichttheil“ des Entwurfes muß fallen. Aus den Gründen der Motive selbst! Außer daß es sich hier um den „speciellen Fall“ der Hereinziehung von Rechtsgeschäften unter Lebenden handelt, trägt die Natur dieses Pflichttheiles überhaupt nichts Außerordentliches an sich. Er ist lediglich ein Berechnungsmodus zur Verstärkung der Höhe des Pflichttheiles (von Nachlaß + Schenkung). Er steht ganz denselben Personen zu; auf ihn finden die Vorschriften über den ordentlichen Pflichttheil entsprechende Anwendung (§ 2010). Er wendet sich, — das ist das Charakteristische, was ihn von der querella inofficiosae don. vortheilhaft unterscheidet, was aber so sich ganz verhüllt —, er wendet sich grundsätzlich gegen die letztwilligen Verfügungen, und „die Fälle, in welchen der Beschenkte haftet, werden als Ausnahmen hingestellt“. Kurz, er ist der regelrecht erhöhte gewöhnliche Pflichttheil, und daß, wie nach gemeinem Rechte, etwas Besonderes in dem Schenkungs-

Digitized by Google

angriffe liegt, wird gerade abgelehnt. Warum diese einheitliche Natur gewaltsam trennen?

Das römische Recht kennt keine Erhöhung des Pflichttheiles, sondern nur separate Anfechtung der Schenkung durch besondere eigenartige Klage. Der Entwurf will nichts Besonderes, keine andere, nicht einmal eine Ergänzungsklage, der Pflichttheil in seiner normal berechneten Höhe ist derselbe hier wie überall.

Um dies klar zu stellen, ist es unbedingt nothwendig, im Gesetze selbst die einheitliche Natur des Pflichttheiles auszusprechen. Der Entwurf zögert, er will vom französischen Rechte nur die eigenartige Zurechnung der Schenkungen übernehmen. Aber indem er dies thut, unterliegt er einer Macht, die ihn weiter zu gehen zwingt: der angezogene Hieb muß auch ausgeschlagen werden. Es ist offenbar noch der Nachklang vom gemeinen Rechte, daß man meint, gegen Schenkungen noch einen besonderen Rechtsgrund ausspielen zu müssen: aber bei jeder Berechnung des Pflichttheiles sollen die Schenkungen zugezogen werden, und ob ihr Betrag an sich gering oder übermäßig erscheint, ist so gleichgültig, daß umgekehrt ihre Existenz und Zurechnung regelrecht nur als Erhöhung des Anspruches gegen die Testamentserben, Legatare 2c. gedacht wird. Die Folge davon ist, daß die Motive, — nachdem sie denselben Grundsatz S. 451 noch als nicht acceptirte Eigenthümlichkeit (verbo obschon —) des Code civil hingestellt haben —, bereits S. 454 und besonders S. 458 a. E. aussprechen, die Gleichstellung von Schenkungen und Zuwendungen von Todeswegen werde vom Entwurfe „bezielt". Wenn beide also hier gleichstehen sollen für die rechtliche Behandlung, so ist es uncorrect und verwirrend, gegen die letzteren den ordentlichen und gegen Schenkungen den außerordentlichen Pflichttheil zu construiren.

Der vom Entwurfe aufgestellte Gesichtspunkt des „außerordentlichen Pflichttheiles" ist demnach so zu begreifen und so auszudrücken:

> Das Pflichttheilsrecht ruht auf dem Nachlasse und dem Vermögen zu Lebzeiten des Erblassers. Der Pflichttheil beträgt den Werth der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles. Zur Bestimmung des Erbtheiles in diesem Sinne werden dem Nachlasse die Schenkungen des Erblassers hinzugerechnet.

Damit ist ausgesprochen, welche allgemeine und regelrechte Bedeutung die Schenkungen nun für die Pflichttheilsberechtigten haben sollen. Die Beschränkungen in der Berücksichtigung der Schenkung, von welchen sofort die Rede sein soll, Art, Umfang, Reihenfolge des Anspruchs wegen Ver-

Digitized by Google

letzung des Pflichttheiles mögen dann, wie es der Entwurf bereits angiebt, sich anschließen.

IX. Es erschien nothwendig, die Erörterung über die wahre Natur des außerordentlichen Pflichttheiles voranzustellen. Die wichtige Frage ist nun, ob nach dem so erkannten Principe der Angriff gegen die Schenkungen für den Pflichttheilsberechtigten einen wirksamen und entsprechenden Schutz gewährt, und ob bei ihm die Nachtheile des gemeinrechtlichen Systemes wegfallen. Dies ist im allgemeinen zu bejahen.

1. Den Ausgang vom Nachlaß zu nehmen, ist rationell und zweckmäßig. Im Nachlasse liegt der Rechnungsabschluß der ganzen Vermögensherrschaft vor: darum ist es voreilig, an irgend einem früheren Zeitpunkte einzusetzen und von hier aus die Pflichtmäßigkeit einer Verfügung zu beurtheilen. Daß es sich um Gewährleistung eines erbrechtlichen Anspruches handelt, wird dadurch richtig in den Vordergrund gestellt. Ein Gesammtgut wird dann durch die Hinzurechnung der Schenkungen gebildet und dient als Grundlage der Pflichttheilsberechnung. Darin liegt: nur gegen Schädigungen durch Freigebigkeiten kann sich der Pflichttheilserbe wahren, die andere Vermögensverwaltung entzieht sich seiner Controle. Andererseits wirkt der Schutz in der geeigneten Richtung. Dem einheitlichen (verstärkten) Pflichttheilsanspruch haftet zunächst der Nachlaß; reicht er aus, so ist es gut; sonst aber schützt denselben Anspruch der Regreß gegen die Beschenkten. Denn alle Freigebigkeiten stehen sich gleich; wie und wann sie geschehen, eine definitive Schädigung der Familie darf daraus nie entstehen. Die materiellen Interessen werden geschützt: Voraussetzung ist nur Schädigung re, nicht dolo. Vielleicht auch, daß man Gewicht darauf legen wird, daß durch solche Formulirung des Anspruches zur Achtung der Stammespflicht, die jedem als Familienglied obliegt, energisch angetrieben wird.

2. Rechnerisch stellt sich das Ergebniß gleich günstig. Zweifel und Unbilligkeiten wie beim gemeinen Rechte sind ausgeschlossen. Uebereinstimmend mit diesem hat auch nach dem Entwurfe die spätere Vermögensvermehrung heilende Wirkung für die Schenkung: sparsame und glückliche Verwaltung macht frühere Verschleuderung wett. Vermögen = 8; Schenkung = 7; Nachlaß 10; dann ist Pflichttheil die Hälfte von 7 + 10, wofür der Nachlaß ausreicht. Umgekehrt aber giebt spätere Vermögensverminderung nöthigenfalls Grund zum Schenkungsangriffe. Vermögen = 8; Schenkung = 3; Nachlaß = 1; dann Pflichttheil = 2, und er geht auf die Schenkung zurück. Dies ist eine wesentliche Besserung gegen

Digitized by Google

das römische Recht, welches hier nur auf die Quote vom Nachlasse verweisen würde. Selbst in dem Falle, daß die Schenkung eine äußerst hohe gewesen, und keine Vermögensänderung dann eingetreten, hält unser System den Vergleich aus. Vermögen = 8; Schenkung = 7; Nachlaß = 1: dann wäre auf Grund des damaligen Vermögens der Pflichttheil nach römischem Rechte mit 4 zu berechnen, und vom Beschenkten 3 abzufordern. Nach dem Entwurfe ebensoviel. Man wird diese Resultate als entsprechend bezeichnen können; überall erhält der Pflichterbe einen dem Nachlasse und den früheren Vermögensumständen angepaßten, nicht zu hohen und nicht zu geringen Betrag. Die oben angeführten Regeln brauchen im Uebrigen nicht besonders aufgestellt zu werden, sie folgen aus der klaren und einfachen Natur des Rechtsanspruches.

3. Das adäquate Verhältniß von Nachlaß zu Schenkungen bewährt sich noch durch folgende — vom Entwurfe wohl nicht bemerkte — Beobachtung. Fragt man sich: wie viel darf billiger Weise wohl jemand verschenken? so wird man, besonders im Hinblick auf die vom Entwurfe normirte Höhe des Pflichttheiles sagen: höchstens die Hälfte seines Gutes. Als Gut in diesem Sinne gilt alles, was nach dem eigenen beliebigen Verbrauche übrig bleibt, also was er hinterläßt, und was er verschenkt hat. Läßt er nun viel zurück, so kann ihm auch zugestanden werden, reichlich zu schenken. Aber unbillig handelt er, wenn er anderen mehr giebt, als er den Seinigen hinterläßt. Ebendahin führt der Entwurf durch das Verhältniß, in welchem Nachlaß (N) und Schenkung (S) stehen. Pflichttheil ist $= \frac{S + N}{2}$. Damit diese Quote in N enthalten sei, darf S nicht höher sein als N. Der Erblasser kann also schenken, bis S = N ist. Ist S aber zu hoch, so ist sofort ermittelt, wie viel dem Beschenkten abzufordern ist zur Ergänzung des Nachlasses, nämlich $\frac{S - N.}{2}$

Beispiel: Schenkung = 7, Nachlaß = 3. Dann Pflichttheil $= \frac{7 + 3}{2}$; von Schenkung abzuziehen $\frac{7 - 3}{2}$, so ist das richtige Verhältniß S = N hergestellt.

Ein festes, der Billigkeit voll genügendes Verhältniß ist somit erzielt; mag das Vermögen noch so großen Schwankungen unterliegen, die Berechnung wird nie zweifelhaft sein und nie ungerecht erscheinen. Der Vergleich aller Fälle, in denen oben das Ergebniß nach gemeinem Rechte als ein unbilliges sich herausstellte, wird dies bestätigen.

Digitized by Google

4. Die praktische Durchführung scheint nach dem Systeme des Entwurfes sicherer als nach gemeinem Rechte. Zuzugeben ist es, daß manche frühe Schenkung sich der Kenntniß des Erben entziehen wird, auch ihre Höhe sich schwer nach längerer Zeit fixiren läßt. Indessen wird dies nur bei geringeren Schenkungen zu erwarten sein, und bei diesen schadet es so wenig, daß umgekehrt die durch Sitte und Anstand gebotenen ausdrücklich der Anrechnung entzogen werden (Entwurf § 2018). Große Schenkungen aber, welche eine wirkliche Verletzung bewirken, tragen ihre Erinnerung weiter, und da für sie besondere Formen erforderlich sind, wird ihre genaue Feststellung gesichert sein. Vor allem günstig ist, daß jetzt nicht mehr der Vermögensbestand zur Zeit der ersten Schenkung vom Pflichttheilserben bewiesen werden muß, eine Aufgabe, an der die meisten Klagen scheiterten.

Die reiche Judicatur zum code civil art. 922 giebt Zeugniß für die Verwerthbarkeit der angenommenen Berechnungsweise.

X. Nicht ohne Bedenken ist dagegen die sachliche Begrenzung, welche der Entwurf dem Umfange des Pflichttheilsanspruches gesetzt hat.

1. Der Entwurf befiehlt die Anrechnung sämmtlicher Schenkungen und unterwirft somit alle, auch die entlegenste, der Gefahr des Widerrufes. Das scheint hart für den Beschenkten, der bis zum Tode des Erblassers nie beurtheilen kann, ob er das Erhaltene behalten wird. Nach gemeinem Rechte giebt ihm der Vergleich mit dem vorhandenen Vermögen sofort die erwünschte Gewißheit: jetzt aber kann ein Millionär nicht tausend Mark zum definitiven Geschenke überweisen. Auch die Sicherheit des Verkehres scheint durch die Zulassung einer so ausgedehnten Zurückforderung der geschenkten Objekte gefährdet zu werden. — Um solchen Folgen auszuweichen, bestimmt das preußische Landrecht II, 11 § 1113 und ebenso Mommsen (Entwurf § 508): anfechtbar ist nur die Schenkung, welche innerhalb dreier Jahre vor dem Tode des Erblassers geschehen. Indessen diese Zeitgrenze ist zu willkürlich und dem Pflichterben gegenüber unberechtigt, da er vor Eintritt des Erbfalles doch nicht seine Rechte wahren kann, und so vom Zufall des späteren Todes des Schenkers die Unanfechtbarkeit bewirkt wird. Sie ist ferner nicht zu halten, wenn einmal der Grundgedanke angenommen wurde, daß der Erblasser bei Lebzeiten bereits der Familie verantwortlich ist. Das oft citirte Wort (Mommsen in den Motiven S. 485 und Bluntschli das.): wer etwas schenkt, entzieht es sich selbst; die Schenkung erscheint daher als Anwendung der Verfügungsfreiheit, nicht als Eingriff in das Erb-

Digitized by Google

recht," ist doch höchstens die Behauptung des gegentheiligen, als unverwendbar erkannten, gemeinrechtlichen Principes.

Die Motive (S. 452) stützen das Ergebniß des Entwurfes mit der Berufung auf die Concursordnung und das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879; da sei bereits ausgesprochen, daß freigebige Zuwendungen keine endgültige Wirksamkeit haben. Indessen, wenn auch zur Anwendung dieser Analogie die volle Gleichstellung des Pflichttheilsberechtigten mit dem Gläubiger, welcher ein solches Anfechtungsrecht hat, nachzuweisen wäre: in beiden Gesetzen ist doch gerade das Anfechtungsrecht an eine Frist gebunden! Der Vergleich würde also eher das Gegentheil beweisen.

Dennoch scheint es richtig, bei der Anordnung des Entwurfes zu verharren. Erstens: weil so allein der für nöthig erkannte Schutz des Pflichttheilserben gewährleistet ist. Zweitens: weil die nachtheiligen Wirkungen durchaus als erträglich erscheinen. Es ist nicht nachzuweisen, daß sich unter der Herrschaft des Code civil nachtheilige Folgen der unbegrenzten Schenkungsanfechtung irgend wie gezeigt haben. Von Gefährdung der Verkehrssicherheit ist keine Rede. Wie selten sind übergroße Schenkungen; und wenn jemand sich dazu herbeigelassen, wird er alles aufbieten, um seinen Erben mindestens ebensoviel zu hinterlassen. (N = S!) Härten im Einzelnen sind allerdings unausbleiblich. Ein Fall aus dem Leben ist dieser. Zwei Schwestern, arme Elementarlehrerinnen, spielten lange Zeit dieselbe Lotterienummer. Als die ältere sich verheirathet, versäumt die andere die Zuzahlung zur neuen Ziehung oder giebt die weitere Theilnahme auf, — die Sache war nicht recht klar —; auf das Loos fällt bald ein Hauptgewinn. Um Streit zu vermeiden oder aus Schwesternliebe „schenkt" (juristisch ist an einer „Schenkung" hier nicht zu zweifeln) die Gewinnerin der anderen die Hälfte mit 10 000 Mark. Die Beschenkte wirthschaftet sorglich damit, giebt ihren Beruf auf, gründet ein Geschäft. Die Schenkerin vergeudet alles und hinterläßt nach 10 Jahren ein Kind, für welches (auch nach dem Rechte des Entwurfes) jene Schenkung zum Theile zurückgefordert wird. Die Beschenkte, die selbst Verluste erlitten, wurde durch diese neue Einbuße wirthschaftlich ruinirt.

Die harte Wirkung in einzelnen Fällen aber beweist nichts. Die Wahl bleibt nur, ob der Beschenkte oder Kinder und Familie des Schenkers gesichert werden sollen: der sociale Zweck entscheidet für letztere. Wenn das Gesetz diesen Standpunkt einnimmt, wird noch mehr als bisher der besonnene Mann Bedenken tragen, größere Geschenke anzunehmen. Hat er sie aber genommen, und geräth der Schenker in Dürftigkeit, so ist es sittliche

Digitized by Google

Pflicht, ihm und auch seinen nahen Erben ausgiebig zurückzuerstatten. Es könnte hierbei allerdings die Frage der Erwägung werth sein, ob nicht eine Schranke zu setzen, und dem Beschenkten eine gewisse Quote ($^1/_4$ oder $^1/_5$ oder nach richterlichem Ermessen) zu lassen ist. Aber es ist wohl zu beachten, daß solcher Schutz bereits gewährt ist, denn höchstens die letzte von mehreren Schenkungen ist ganz, frühere und eine einzelne Schenkung sind höchstens (dies nur, wenn der Nachlaß = Null ist) bis zur Hälfte rückforderbar. Schenkung a = 5, b = 8, c = 4, Nachlaß = 1. Dann: Pflichttheil = 9; c wird ganz, b zur Hälfte zurückgefordert, a bleibt unberührt.

Weitere Voraussetzungen für die Beschenkten, wie dolus oder Kenntniß der Unrechtmäßigkeit der Schenkung, sind mit Recht als unpraktisch abgelehnt. Entscheidend ist allein die Thatsache der Verletzung des Pflichttheiles.

Eine Schranke gegen das Zurückgreifen auf entlegene frühere Schenkungen liegt in der angeordneten Reihenfolge: der Regreß steigt vom Letztbeschenkten hinauf.

XI. Der Entwurf hat schließlich zur Milderung des Schenkungswiderrufes eine persönliche Schranke hinzugefügt: nur auf diejenige Schenkung bezieht sich der (außerordentliche) Pflichttheil, die geschah „zu einer Zeit, in welcher der Pflichttheilsberechtigte bereits vorhanden" und pflichttheilsberechtigt war oder es durch Wegfall Anderer werden konnte. § 2009.

Der Grund dieser Ausnahme ist: das ganze Institut richte sich gegen die Möglichkeit eines Mißbrauches der Verfügungsfreiheit seitens des Erblassers, und diese liege erst dann vor, wenn der Pflichttheilsberechtigte vorhanden ist (Motive S. 458. Aehnlich bereits Binding: Archiv f. civ. Pr. 58 S. 170). Sonst wird noch hinzugefügt: „die Gleichstellung von Schenkungen und Zuwendungen von Todeswegen ist überdies keineswegs eine derartige, daß sie auch in der hier fraglichen Hinsicht festgehalten werden müßte. Demgemäß erscheint es gerechtfertigt — —." Nachdem vorher ausdrücklich jene Gleichstellung als ein „bezieltes" Princip anerkannt war, ist dieser Abschwächungsversuch wohl nur aus dem Bedürfnisse nach einem Grunde zu erklären, ohne daß er einen solchen auch gewährte. (Mommsen: Entwurf § 512 u. S. 488 findet es „widernatürlich", eine an sich gültige Schenkung hier später ungültig werden zu lassen. — Das ist ja aber gerade die Frage, ob es Schenkungen giebt, die an sich und definitiv gültig sind!)

Digitized by Google

Der Standpunkt des Entwurfes scheint hier kein correcter zu sein. Der acceptirte Grundgedanke des Pflichttheilschutzes ist, daß die nahen Stammesgenossen nicht durch willkürliche Vergabungen des Gutes an Dritte geschädigt werden dürfen. Darum ist ihnen der entsprechende Theil zu hinterlassen. Der Zeitpunkt, wo die Handlungen geprüft werden, der kritische Termin, tritt mit der Eröffnung der Erbfolge ein. Wer hier auftreten kann, der ist berechtigt. Mit welchem Grunde will man dann das Kind zurückweisen, das sich über die Schenkungen seines Vaters beschwert? Weil es damals noch nicht vorhanden war? Was hat denn dies für eine rechtliche Begründung? Umgekehrt; um so mehr hätte der Vater suchen müssen, frühere Verschleuderungen gut zu machen. Und vollends fällt man in den Gedankengang des gemeinen Rechtes zurück, wenn darauf gesehen werden soll, ob der vorhandene Erbe „damals" pflichttheilsberechtigt war oder es unter bestimmter Voraussetzung werden konnte. Entweder der Zeitpunkt der Schenkung entscheidet, dann muß aber auch das damalige Uebermaß der Schenkung als Grundlage angenommen werden. Oder, wie es richtig gewählt ist, man geht vom Nachlasse aus, dann sind die jetzt vorhandenen Pflichttheilserben unter allen Umständen die vollberechtigten. Gegen jede Systemmischung ist Verwahrung einzulegen.

Im Entwurfe ist dies auch herausgefühlt, und von der Ausnahme wird die Unterausnahme gemacht: als „vorhanden" wird fingirt der Abkömmling aus einer damals bereits geschlossenen formgültigen (wenn auch materiell ungültigen) Ehe und der, welcher von einem damals vorhandenen Abkömmling abstammt. § 2009. Die Motive S. 459 geben dazu eine Serie von Erläuterungsfällen. — Von dem so verschnörkelten Grundsatze bleibt schließlich (soweit ich vor Ausnahmen sehen kann) übrig, daß ein flotter schenkungslustiger Junggeselle später sich besinnt und formgültig ehelicht. Daß seine Frau und Abkömmlinge hier nicht berechtigt sind, zur Ergänzung der Pflichttheile die Schenkungen zum Theil zurückzufordern, scheint keineswegs billigen Anschauungen zu entsprechen; vermuthlich würde der Schenker selbst für Widerruf stimmen. Und um solch geringen Erfolges willen eine so äußerst verwickelte und schwerverständliche Verschlingung von Rechtsregeln!

Die beabsichtigte Fürsorge für den Beschenkten ist hier weder in nennenswerther Weise erreicht, noch überhaupt angezeigt. Dem System und der Bedeutung des Pflichttheilsrechtes entspricht: Schutz aller benachtheiligten Pflichttheilserben. Daß dies nicht praktisch zu Unzuträglichkeiten führt, beweist der Code civil, welcher keinerlei Ausnahmen in dieser

Digitized by Google

Richtung enthält. (Der Entwurf eines ungarischen Erbrechtes hat dieselbe Beschränkung, wie unser Entwurf. Gegen dieses, sowie gegen den Satz, daß die Kinder nur ein Recht an demjenigen Vermögen haben, welches zur Zeit ihrer Geburt vorhanden ist: Kohler in Grünhut's Zeitschrift XVI S. 46 ff.)

XII. Ueber die Natur des Anspruches gegen den Beschenkten sind die Meinungen sehr getheilt. Am radikalsten geht der Code civil art. 929, 930 vor: resolutio ex tunc bei Immobilien; zuerst haftet der Beschenkte, dann der dritte Besitzer und Erwerber. (Laurent, principes XII 202; Zachariae, französ. Civilr. IV, § 685, Anm. 32. 7. Aufl. S. 314.) Dies ist folgerichtig, wenn man nur betont, daß der Pflichttheilsanspruch, wie der eines Gläubigers, auf dem ganzen Vermögen auch bereits zu Lebzeiten des Erblassers ruht. Aber unbeachtet ist der wichtigste Umstand, daß der Gegenstand der Forderung eine vollzogene Schenkung ist, und daß die gutgläubig daran erworbenen Rechte auch billige Rücksicht verdienen.

Vor allem ist der moderne Verkehr der Revocation einer Sache aus der Hand dritter Erwerber durchaus abhold. Bei beweglicher Habe helfen die bekannten Grundsätze, bei unbeweglicher das Grundbuchsystem. Mit Recht hat der Entwurf sich dieser Anschauung angeschlossen und einen Anspruch nur gegen den Beschenkten gegeben. § 2016. (Ebenso: Mommsen § 514; Schultzenstein: Beiträge z. L. vom Pflichttheilsrecht S. 208 ff.; Kohler: Zeitschrift für französ. Civilrecht V S. 395 und die neueren Gesetzbücher in den Motiven V S. 468 Anm. 1.)

Der Entwurf selbst hält für das geeigneteste hier einen Herausgabeanspruch: der Beschenkte hat nach Analogie der Vorschriften über Bereicherung das Empfangene herauszugeben. (§ 2016 Abs. 2 mit verwickelten Verweisungen.) Abgelehnt wird, den Klageinhalt als eine Schenkungs-Anfechtung zu construiren. Dem ist insofern zuzustimmen, als es sich in der That um Geltendmachung eines eigenen Rechtes des Pflichttheilserben handelt, nicht um ein vom Erblasser abgeleitetes. Indessen immerhin wird doch der gültige Bestand der Schenkung „angefochten", und es dürfte die übliche Bezeichnung ohne Nachtheil beibehalten werden können.

Da der Pflichttheil selbst ein „Werthanspruch" ist, so scheint es allerdings näher zu liegen, auch hier die Forderung auf Geld (Werthersatz) zu richten. Die Meinung (Motive 456) es sei billiger, vom Beschenkten nur das, was er erhalten hat, zurückzufordern, ist nicht unbe-

Digitized by Google

dingt zutreffend. Geschenkt werden regelmäßig solche „Sachen", welche für den Beschenkten einen besonderen am Objecte haftenden Werth haben: ein Stück Gartenland, das sein Besitzthum abrundet; ein bequemer Wohnsitz; Kisten mit Mineralien zur Vervollständigung seiner Sammlungen. Da heißt es doch nicht, ihn mit besonderer Rücksicht behandeln, wenn man nach Jahren ihm diese Gegenstände wieder abnimmt, und für den Pflichttheilserben liegt erst recht kein Vortheil in dieser Behandlungsweise. So muß mindestens dem Beschenkten die Wahl gelassen sein; oder noch besser: man stellt auch gegen ihn principiell den Anspruch auf Geld und gestattet ihm, — das erscheint billig und nothwendig, — sich durch Rückgabe der geschenkten Sachen selbst zu befreien. Wie im übrigen der Anspruch zu detailliren ist, steht hier nicht zur Frage. Eine deutlichere Fassung, als die des Entwurfes, wäre dafür aber sehr förderlich.

Nach alledem fasse ich die Antwort auf die gestellte Frage so zusammen.

1. Abzulehnen ist der Standpunkt des gemeinen Rechts, die Anfechtbarkeit der Schenkung aus der Verletzung eines rechtmäßigen Verhältnisses zu dem damaligen Vermögen zu begründen. Der Pflichttheil ist vielmehr das Mitrecht der Familie am Gute des einzelnen, das vom Erbrechte ausgeht, aber gegen alle Freigebigkeiten gleichartig Schutz finden muß.

2. Der Entwurf enthält das für die Schenkungsanfechtung richtige Princip; dagegen ist die Fassung desselben unter dem Gesichtspunkte eines außerordentlichen Pflichttheiles nicht entsprechend.

3. Es giebt nur einen Pflichttheil: berechnet vom Nachlasse, dem sämmtliche Schenkungen hinzugerechnet werden. Alle beim Tode des Erblassers vorhandenen Pflichttheilsberechtigten können ihn beanspruchen: zuerst aus dem hinterlassenen Gute, sonst von dem Letztbeschenkten rückwärts gehend. Der Anspruch geht auf Ergänzung des Werthbetrages des Pflichttheiles, der Beschenkte wird jedoch durch Herausgabe des Geschenkes klaglos gestellt.

Digitized by Google

XVI.

Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen

über die Frage:

„Empfiehlt es sich, im künftigen deutschen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Schenkungen aus dem vom Entwurf aufgestellten Gesichtspunkte des außerordentlichen Pflichttheils, oder aus dem des Uebermaßes festzusetzen?"

I.

In der gemeinrechtlichen Doctrin lehrt man, daß das Anfechtungsrecht wegen Verletzung des Pflichttheils von letztwilligen Verfügungen auf freigebige Zuwendungen unter Lebenden ausgedehnt worden sei. Man motivirt diese Ausdehnung mit dem rein praktischen Grunde, daß es in der That keinen Unterschied machen könne, ob der Erblasser über seinen Nachlaß in einer Weise verfüge, daß der Notherbe seinen Pflichttheil nicht erhalte, oder ob er bei seinen Lebzeiten sein Vermögen in der Weise mindere, daß der Notherbe seinen Pflichtheil im Nachlasse nicht vorfinde.[1]) Unter den freigebigen Zuwendungen werden insbesondere Schenkungen und Dotalbestellungen, letztere auch, wenn sie keine Schenkungen in streng juristischem Sinne des Wortes sind, verstanden.[2]) Von diesem Anfechtungsrechte gelten im Allgemeinen die Grundsätze der querella inofficiosi testamenti. Namentlich sind die berechtigten Personen dieselben, und ebenso ist die Höhe des Pflichttheils in gleicher Weise zu bestimmen. Bei Beantwortung der Frage, ob durch die freigebige Verfügung der

---

[1]) Windscheid, Pand. § 586.
[2]) Windscheid, a. a. O. Not. 1.

Digitized by Google

Pflichttheil verletzt ist oder nicht, ist zunächst zu sehen auf den Bestand des Vermögens zur Zeit der Zuwendung, so daß die Zuwendung eine pflichtwidrige nicht ist, wenn sie von dem zu dieser Zeit vorhandenen Vermögen den Pflichttheil übrig läßt, und auch eine pflichtwidrige nicht wird, wenn das übrig gelassene Vermögen später eine Verminderung erleidet. Nur sind, wenn die Verminderung durch neue freigebige Zuwendungen herbeigeführt wird, diese pflichtwidrig, denn dem Testator könne, so sagt man, nicht gestattet sein, durch Theilhandlungen einen Erfolg hervorzubringen, welchen durch eine Handlung hervorzubringen ihm verboten sei, während er andrerseits eben nur Theilhandlungen vornehme, so daß seine spätere Handlung nicht eine Fortsetzung der früheren, mit dieser eine Einheit bildende, sondern eine neue Handlung sei. Dagegen hört eine Zuwendung, welche zur Zeit ihrer Vornahme eine pflichtwidrige war, wieder auf, eine pflichtwidrige zu sein, wenn das Vermögen des Erblassers sich in der Weise vermehrt, daß der Notherbe aus seinem Nachlasse, mit Einrechnung der früher gemachten Zuwendung und der neuen Vermögensvermehrung, den Pflichttheil erhält.[3]) Zur Pflichtwidrigkeit der Zuwendung genügt die Thatsache, daß sie den Pflichttheil verletzt; Absicht, den Pflichttheil zu verletzen, ist nicht erforderlich.[4]) Gerichtet ist das Anfechtungsrecht gegen den Empfänger der Zuwendung. Die Wirkung der Durchführung des Anfechtungsrechts ist Aufhebung der Zuwendung bis zum Betrage des Pflichttheils, nicht der ganzen Zuwendung.[5])

Das preuß. A.L.R. steht zwar in der wesentlichsten Beziehung auf dem Boden des gemeinen Rechts, weicht jedoch in mehreren Punkten von diesem ab. Es combinirt den Widerruf von Schenkungen wegen Uebermaßes und die Anfechtung wegen Pflichttheilsverletzung.[6]) Es gibt dem Pflichttheilsberechtigten die Befugniß des Widerrufs von Schenkungen, welche der Erblasser innerhalb drei Jahren vor seinem Tode gemacht hat, sofern der reine Betrag des Nachlasses bis unter die Hälfte des Betrages der in diesen drei Jahren gemachten Schenkungen vermindert worden ist. Zum Nachlaß muß so viel zurückgegeben werden, als zu dieser Hälfte

---

[3]) Windscheid, a. a. O. Not. 2—7.

[4]) Windscheid, a. a. O. Not. 10. Doch ist dies bestritten. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Pand. XXXVI. S. 76 ff. hält das Anfechtungsrecht nur dann für begründet, wenn der Erblasser seine Notherben um ihren Pflichttheil zu betrügen suchte, oder doch durch seine Handlungen eine offenbare Lieblosigkeit an den Tag legte. Auch Dernburg, Pand. Bd. III § 156 fordert Dolus des Schenkers.

[5]) Windscheid, a. a. O. Not. 12—13, Dernburg, a. a. O.

[6]) Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. III § 212.

Digitized by Google

fehlt. Mehrere Schenkungen der letzten drei Jahre werden zusammengerechnet, um den Betrag der Hälfte zu ermitteln; aber widerrufen werden nur die jüngsten rückwärts bis zur Erreichung der Hälfte. Ueber die Berechnung des Pflichttheils im Einzelnen sind die Ansichten verschieden.[7])

Das Württembergische Landrecht steht ebenfalls im Wesentlichen auf dem Boden des Gemeinen Rechts. Es setzt den Fall, daß der Erblasser zu seinen Lebzeiten eine übermäßige Schenkung oder Ausstattung gegeben und dadurch sein Vermögen so verringert hat, daß seine ganze Verlassenschaft nicht mehr so viel beträgt, als der Pflichttheil der Notherben betragen haben würde, wie er sich vor der Schenkung oder Ausstattung aus dem Vermögen berechnet hätte, und bestimmt für diesen Fall, daß der Betrag der Schenkung oder Ausstattung zu der Verlassenschaftssumme gerechnet, und von dieser Gesammtsumme der Pflichttheil ausgemittelt werde. Denjenigen Betrag, um welchen der Nachlaß zu diesem Pflichttheil nicht hinreiche, habe der übermäßig Beschenkte oder Ausgestattete dem Pflichttheilsberechtigten herauszugeben[8]).

Das Sächsische Gesetzbuch enthält im Ganzen eine gute Formulirung der gemeinrechtlichen Lehre[9]), und ebenso der Mommsensche Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht (§ 508—519), der jedoch in einigen Punkten theils dem Preuß. A.L.R. sich anschließt, theils seine eigenen Ansichten hat.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich dehnt seine Vorschrift (§ 1975), wonach der Erblasser verpflichtet ist, jedem seiner Abkömmlinge und Elterntheile, welcher als gesetzlicher Erbe zur Erbfolge berufen ist oder, in Ermangelung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen, zur Erbfolge berufen sein würde, ingleichen seinem Ehegatten so viel zu hinterlassen, daß der Werth des Hinterlassenen die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils erreicht (Pflichttheil) in beschränkter Weise auf gewisse Theile des Vermögens, die der Erblasser bei seinen Lebzeiten sich entfremdet hatte, aus, indem er (§ 2009) dem Erblasser zur Pflicht macht, für den Fall, daß er bei seinen Lebzeiten eine Schenkung an einen Andern als den Pflichttheilsberechtigten gemacht hat, den Pflichttheil so zu hinterlassen, wie

---

[7]) Dernburg, a. a. O. § 212, Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuß. Privatrechts, Bd. IV § 248.

[8]) Stein, Handbuch des württembergischen Erbrechts (Ed. Kübel) § 77.

[9]) § 2608—2607.

Digitized by Google

wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre. Er gelangt damit im Anschluß an das französische Recht zu dem Grundsatze, daß der Pflichttheilsberechtigte Schenkungen des Erblassers nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn ihm nicht so viel hinterlassen ist, als der Pflichttheil betragen würde, wenn das Verschenkte sich zur Zeit des Erbfalles noch im Nachlasse befände. Bei der Berechnung des Pflichttheils wird daher der Werth der Schenkung zum Nachlasse hinzugerechnet.

Den Anspruch des Pflichttheilsberechtigten auf diesen durch Schenkungen erhöhten Pflichttheil nennt der Entwurf den *außerordentlichen Pflichttheil*. Dieses Recht des Pflichttheilsberechtigten richtet sich nun, abweichend vom geltenden Rechte und im Anschluß an den code civil [10]) in erster Linie gegen denjenigen, welcher für den regelmäßigen Pflichttheilsanspruch haftet oder, wenn der Pflichttheilsanspruch in Folge einer Zuwendung ausgeschlossen ist (§§ 1979 ff.), haften würde, gegen den Beschenkten aber erst in zweiter Linie, nämlich dann, wenn ein in erster Linie Haftender nicht vorhanden ist, namentlich also dann, wenn der Pflichttheilsberechtigte der einzige Erbe ist, oder wenn und sofern der Erbe für die Befriedigung des Anspruchs auf den außerordentlichen Pflichttheil, insbesondere in Folge des ihm zustehenden Inventarrechts nicht haftet (§ 2014). Absichtlichkeit der Pflichttheilsverletzung ist kein Erforderniß der Anfechtung der Schenkung, die Thatsache der Verletzung genügt. Der Beschenkte haftet für die Herausgabe des Geschenks nur, soweit er bereichert und soweit es zur Befriedigung des außerordentlichen Pflichttheils erforderlich ist (§ 2016). Bei mehreren Schenkungen haftet der später Beschenkte vor dem früher Beschenkten, und der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (§ 2015). Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden, unterliegen dem außerordentlichen Pflichttheile nicht (§ 2018).

Vergleicht man das Recht des Entwurfs mit dem Gemeinen Recht, so erkennt man sofort, daß die Regelung der Anfechtbarkeit der Schenkungen in beiden nach zwei wesentlich verschiedenen Gesichtspunkten stattfindet, die sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen, wie hinsichtlich der Wirkungen zu wesentlich verschiedenen Consequenzen führen. Nach Gemeinem Rechte ist das Uebermaß der Schenkung, nach dem des Entwurfs die Verletzung des Pflichttheils der maßgebende Gesichtspunkt, und es rechtfertigt sich daher die gestellte Frage:

---

[10]) Art. 923.

Digitized by Google

„Empfiehlt es sich, im künftigen deutschen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Schenkungen aus dem vom Entwurf aufgestellten Gesichtspunkt des außerordentlichen Pflichttheils oder aus dem des Uebermaßes festzusetzen?"

II.

Um diese Frage beantworten zu können, muß man sich zunächst die Methode klar machen, welche der Gesetzgeber bei der Wahl eines dieser Gesichtspunkte anzuwenden hat. Dieser Methoden giebt es drei. Die richtigste wäre die, das geläuterte Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes in seinen maßgebenden Kreisen zu erforschen und festzustellen. Allein hierzu fehlen die Voraussetzungen. Zwar lebt ganz unzweifelhaft im Bewußtsein des deutschen Volkes der Satz, daß Schenkungen, welche den Pflichttheil verletzen, überhaupt angefochten werden können, und es liegt sehr nahe, daß das Volk diesen Satz schon mit dem Hinweis darauf begründen wird, daß ein Schutz des eigentlichen Pflichttheilsrechts durch die dem Erblasser eingeräumte Befugniß voller Schenkfreiheit geradezu illusorisch gemacht werden könnte.

Allein über die weitere Ausgestaltung der Beschränkung der Schenkfreiheit wird sich im gesammten deutschen Volke ein Rechtsbewußtsein und gar ein übereinstimmendes Rechtsbewußtsein nicht gebildet haben, da es ihm an der erforderlichen Erfahrung fehlt. Die Bewohner des gemeinrechtlichen Gebietes werden keine erheblichen Erfahrungen gemacht haben, an deren Hand sie zu einem die gemeinrechtlichen Vorschriften über das Uebermaß der Schenkungen zurückweisenden Urtheil gelangen könnten, und umgekehrt werden den Bewohnern der landrechtlichen und rheinischen Gebiete keine Erfahrungen zur Seite stehen, die ihnen eine Aenderung ihrer Rechte als nothwendig erscheinen lassen. An einer Erfahrung über die Uebereinstimmung des vom Entwurf vorgeschlagenen Rechts mit dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes fehlt es aber gänzlich. Wir werden daher von einem bestimmten und vollständigen Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes als einem den Gesetzgeber leitenden Factor bei der Beurtheilung unserer Frage absehen, und eine andere Methode anwenden müssen, die geeignet ist, an die Stelle wesentlich verschiedener, aber mehr oder weniger gleich guter Rechte ein einheitliches, womöglich jedoch vorzügliches Recht zu setzen. Diese andere Methode besteht in der Ermittelung der Lebensaufgabe des deutschen Volkes in Bezug auf die bei unserem Institut concurrirenden sittlichen und socialen Verhältnisse und Interessen oder in der Feststellung des sittlich-socialen Gesichtspunktes,

Digitized by Google

von dem aus die Frage der Anfechtbarkeit der den Pflichttheil verletzenden Schenkungen beantwortet werden muß. Diese Methode ist zwar schwierig und birgt allerlei Gefahren in sich, gleichwohl ist sie nicht bloß an sich, sondern auch unter den gegebenen Umständen die allein richtige, weil sie allein im Stande ist, nicht bloß die verschiedenen in Deutschland geltenden Rechte, sondern auch die widerstreitenden materiellen und immateriellen Interessen der bei der Anfechtung der Schenkungen betheiligten Personen von einem höheren Standpunkte aus zu versöhnen. Die dritte Methode endlich besteht in einer von höheren Principien gänzlich absehenden, casuistischen Behandlung einzelner Fragen und ihrer Beurtheilung vom Standpunkt der reinen Practicabilität aus. Diese Methode eignet sich das in allen Rechten Gemeinsame an und beseitigt die Verschiedenartigkeit der geltenden Rechte theils mit dem Hinweis darauf, daß im Interesse der Einheitlichkeit der Gesetzgebung selbst manches Gute und Eingewöhnte geopfert werden müsse, theils mit der praktischen Brauchbarkeit, wie namentlich mit der systematischen Einfachheit in der Construction der Rechtsverhältnisse und der Beseitigung von Beweisschwierigkeiten.

Der Entwurf hat sich vorzugsweise dieser letzteren Methode hingegeben, und es darf wohl angenommen werden, daß er die Frage nach einem höheren Principe noch nicht für spruchreif hält. So hat er insbesondere die Grundidee des geltenden Rechts, wonach dem Pflichttheilsberechtigten gegen Freigebigkeiten des Erblassers unter Lebenden bezw. Schenkungen ein Schutz zuzubilligen sei, einfach deshalb beibehalten, weil sie dort Anerkennung gefunden habe. Eine Rechtfertigung mit inneren Gründen wird nicht versucht. Ein solcher Verzicht auf jegliche innere Begründung eines in das Volksleben so tief einschneidenden Rechtssatzes entspricht aber zunächst den idealen Anforderungen nicht, welche man an den Gesetzgeber zu stellen berechtigt ist, der sich die Schaffung eines für ein großes Volk bestimmten einheitlichen Rechts zur Aufgabe gesetzt hat. Welche Befriedigung mag es ihm oder dem künftigen, auf der Höhe der Kenntniß seines positiven Rechts stehenden Juristen gewähren, wenn sie auf die Frage eines Laien oder Rechtsschülers nach dem Grunde der Anfechtbarkeit einer vom Erblasser vor Jahrzehnten gemachten Schenkung antworten müssen: „Das wüßten sie eigentlich selbst nicht, man habe diese Anfechtbarkeit beibehalten, weil sie einmal da gewesen sei.“ Und statt einer eigenen Antwort können sie auch nicht einmal auf das bisherige Gesetz und seine wissenschaftliche Behandlung hinweisen, denn beide enthalten nichts wesentlich Aufklärendes. Die gemeinrechtliche Doctrin insbesondere hat sich von jeder rechtsphilosophischen Untersuchung fern ge-

Digitized by Google

halten und hat ihre Aufgabe lediglich in der Interpretation der Gesetzesstellen und in der Feststellung des positiven Gesetzwillens erblickt. Nach meiner Meinung entspricht es der Würde des Gesetzgebers sehr wenig, wenn er mit jener Resignation seine Unkenntniß oder den Mangel des Vertrauens in seine eigene Kraft und Kenntniß zu verhüllen sucht. Zudem ist aber die Frage nach den inneren Gründen jener Anfechtbarkeit der Schenkung eine überaus praktische legislative Frage, und schon aus diesem Grunde kann sie der Gesetzgeber der künftigen Wissenschaft nicht überlassen. Es bleibt zwar nicht aus, daß die Wissenschaft im Laufe der Zeit sich mit der Ergründung der wahren Principien beschäftigen und diese auch klar und sicher finden wird, allein entweder feiert sie damit nur einen wissenschaftlichen Erfolg, oder sie zeigt, an welchen Stellen das Gesetz mit jenen Principien im Widerspruch steht und zu praktisch unrichtigen Resultaten gelangt ist. Auf die Praxis macht dieser Zwiespalt einen sehr deprimirenden Eindruck, und sie sucht sich dann entweder mit der Unvollkommenheit alles Menschenwerks zu trösten, oder sie ermannt sich, um dem richtigen Principe zur Herrschaft zu verhelfen, auf dem Wege der Rechtsprechung zu einer künstlichen Auslegung, die dem Wortlaut und der wirklichen Absicht des Gesetzes schnurstracks zuwiderläuft. Damit werden aber ungesunde Zustände geschaffen, die zu verhüten eine sehr wesentliche Aufgabe des Gesetzgebers ist. An der Möglichkeit einer richtigen Lösung unserer Frage für die Jetztzeit brauchen wir für's Erste nicht zu verzweifeln, und wenngleich es wahr ist, daß unsere Frage keine Frage der ewigen Wahrheit ist, und daß sie auf Lebensverhältnisse und Anschauungen sich erstreckt, die gerade in der Gegenwart in einer gewissen Gährung begriffen sind, so ist es doch richtiger und nützlicher für die Anwendung des bürgerlichen Rechts, jetzt schon Stellung zu jenen Lebensverhältnissen und Anschauungen zu nehmen und den für richtig gehaltenen Standpunkt klar und bestimmt zu bezeichnen, als Verschwommenheiten einfließen zu lassen und deren Klärung den sittlichen und socialen Anschauungen der künftigen Generationen anheimzugeben.

Auch die Frage nach den Erfordernissen einer anfechtbaren Schenkung beantwortet der Entwurf lediglich vom Standpunkt der Practicabilität aus.

Was zunächst die subjectiven Erfordernisse betrifft, so lehrt zwar die herrschende gemeinrechtliche Doctrin, und zwar schon von der Glosse an, daß es auf die Absicht einer Pflichttheilsverletzung nicht ankomme, allein es haben sich doch auch Stimmen geltend gemacht, welche eine „liebloſe“ Schenkung verlangen, d. h. eine solche, bei welcher die Absicht

Digitized by Google

des Schenkers geradezu auf eine Verletzung des Pflichttheilsberechtigten gerichtet ist, oder bei welcher sich der Schenker bewußt war, daß damit der Pflichttheil verkürzt werde, oder endlich, bei welcher sich der Schenker der Pflichttheilsverletzung hätte bewußt werden müssen, wenn er nicht die maßgebenden Verhältnisse in fahrlässiger Weise ignorirt hätte. Auch diese Stimmen gründeten sich vorzugsweise auf den Wortlaut des positiven Rechts, und wenngleich man ihnen vielleicht nicht Recht geben kann, so sind doch ihre Argumente immerhin beachtenswerth, und sie erscheinen um so beachtenswerther, wenn man sich die Frage vorlegt, womit es denn überhaupt gerechtfertigt werden soll, daß eine im vollsten und berechtigtsten Glauben des Schenkers an die Nichtverletzung des Pflichttheils vorgenommene Schenkung als lieblos angefochten werden könne. Wenn Jemand heute seiner zur Ehe schreitenden Nichte 5000 Mark schenkt und morgen erfährt, daß sein ungetreuer Verwalter vor ein paar Tagen sein ganzes aus 50 000 Mark bestehendes Baarvermögen an der Börse verspielt habe, soll in diesem Falle nach seinem, nach Jahrzehnten erfolgenden Tode die Schenkung noch angefochten werden können? Wer hierauf keine innerlich begründete Antwort zu geben vermag, muß die Tadellosigkeit der Schenkung anerkennen. Der Entwurf sieht von jenem subjectiven Erforderniß ab. Die Motive sagen (S. 453): „Auf den Dolus bei solchen Schenkungen Gewicht zu legen, würde im Interesse der Practicabilität des Rechts nicht wohl ausführbar sein; überdies ist nicht ersichtlich, wie der Begriff dieses Dolus sich in befriedigender Weise bestimmen ließe. Würde verlangt, daß die Schenkung geschehen sei, um den Pflichttheilsberechtigten zu benachtheiligen, so könnte die Vorschrift wohl keine praktische Bedeutung gewinnen. Denn die Absicht des Schenkers geht stets dahin, dem Beschenkten einen Vortheil zuzuwenden, kaum aber wird je ein Schenker beabsichtigen, unmittelbar den Pflichttheilsberechtigten zu schädigen.“ Dies Alles ist aber ganz unrichtig. Denn zunächst sind Fälle, in welchen des Vaters Absicht primär auf die Verkürzung seines Sohnes durch Entfremdung eines Theils seines Vermögen bei seinen Lebzeiten gerichtet ist, und in denen das Mittel der Verkürzung, eine Schenkung, oder gar die Person des Beschenkten von sehr untergeordneter Bedeutung ist, nicht blos denkbar, sondern sie kommen auch im Leben gar nicht selten vor. Sodann läßt sich der Begriff des Dolus sehr wohl in befriedigender Weise bestimmen; warum soll dies hier nicht möglich sein, während sich dieser Begriff in zahlreichen andern Lebensverhältnissen vollkommen bestimmen läßt, beispielsweise bei Rechtshandlungen, welche der Schuldner oder Gemeinschuldner in der (dem andern Teile bekannten)

Digitized by Google

Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat (Concurs-Ordg. § 24, Anf.-Ges. 21. Juli 1879 § 3). Und wenn eine directe Verkürzungsabsicht nicht vorhanden ist, so reicht doch schon das Bewußtsein des Schenkers, daß er mit der Schenkung den Pflichttheilsberechtigten verletzte, und die fahrlässige Verkennung einer solchen Verletzung aus, um die Anfechtung der Schenkung zu begründen. Dies sind Begriffe, die im Rechtsleben gang und gäbe sind, und deren Formulirung keinerlei Schwierigkeiten verursacht. Inwiefern aber bei der Anwendung dieser Begriffe in Schenkungsstreitigkeiten die Practicabilität des Rechts mehr leiden soll, als in andern Processen, ist nicht einzusehen. Zwar fällt der Eid des Schenkers als Beweismittel weg, allein dieser Verlust tritt überall da ein, wo ein Zeuge oder der ursprüngliche Contrahent gestorben ist, und andrerseits sind doch die objectiven Momente, aus welchen auf den Dolus oder das Bewußtsein oder auf die Fahrlässigkeit des Schenkers bei der Beurtheilung seiner Vermögensverhältnisse geschlossen werden kann, von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

Bezüglich der objectiven Erfordernisse der Anfechtbarkeit der Schenkungen bestimmt das Gemeine Recht zunächst, daß auf die Zeit der Schenkung zu sehen sei, und die Doctrin lehrt, daß Schenkungen, welche zur Zeit ihrer Vornahme den Pflichttheil nicht verletzt haben würden, wenn der Schenker alsbald gestorben wäre, für die Folge unanfechtbar seien, auch wenn späterhin eine erhebliche Vermögensverminderung eintreten würde. Bei der Beurtheilung des entgegengesetzten Falles aber, wenn nämlich die Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme eine Pflichttheilsverletzung enthält, d. h. wenn sie eine übermäßige im Sinne des Gesetzes ist, blieb sich die Doctrin nicht consequent. Denn während sie für den Fall der Gleichheit des Vermögensstandes zur Zeit der Schenkung und des Todes, und für den der späteren Vermögensverminderung die Anfechtung in dem Maße zuläßt, wie die Lage zur Zeit der Schenkung beschaffen war, so gestattet sie im Falle einer nachträglichen erheblichen Vermögensvermehrung eine Heilung der ursprünglichen Lieblosigkeit. Die Gesetze selbst geben für eine solche Unterscheidung keinen Anhalt, und die Doctrin sieht auch hier von jeglicher inneren Begründung ab; die Schriftsteller gehen vielmehr über die Schwierigkeit dieser Frage mit nichtssagenden Bemerkungen hinweg, wie: „aber man entscheidet sicher richtig, wenn man nach Analogie der Novelle annimmt, daß dadurch sehr wohl die Querel wegfallen kann.“ [11])

---

[11]) Francke, Das Recht des Notherben. S. 510. Aehnlich Mühlenbruch a. a. O. S. 118 („So darf sich der Notherbe nicht beschweren“).

Digitized by Google

Die Motive sprechen diesem objectiven Erfordernisse eine gewisse Berechtigung nicht ab. Sie meinen, daß für die Unantastbarkeit einer den Pflichttheil zu jener Zeit nicht beeinträchtigenden Schenkung vorzugsweise geltend gemacht werden könne, daß eine Uebermäßigkeit nicht vorliege, daß ferner im Fall der Nichtübermäßigkeit kein Grund sich finden lasse, um dem Beschenkten das Geschenk wieder zu entziehen, und schließlich, daß es hart und unbillig sei, die Wirksamkeit der Schenkung von Umständen abhängig zu machen, welche einer späteren, vielleicht kaum absehbaren Zeit angehören, und welche von dem Beschenkten schlechterdings nicht vorausgesehen werden konnten. Allein sie beseitigen diese Bedenken einestheils mit der rechtlichen Schwächlichkeit der freigebigen Zuwendungen überhaupt und sodann mit der Unentziehbarkeit des Pflichttheilsrechts. Diese Argumentation ist indessen eine ganz unzulässige Beweisführung, denn sie sucht die Richtigkeit einer Behauptung nur mit einer Wiederholung derselben Behauptung zu beweisen. Die zu lösende Frage ist ja gerade die: Warum tritt die Wirksamkeit der Schenkung hinter den Pflichttheil zurück, und warum ist der Pflichttheil unentziehbar? Hierfür aber geben die Motive keine zutreffenden Gründe. Die gemeinrechtliche Auffassung halten sie nicht für practicabel. Gegen das Erforderniß der Uebermäßigkeit der Schenkung, wenn allein auf die Zeit der Vornahme gesehen wird, erheben sie zwei Bedenken, die ihnen als gewichtige Bedenken erscheinen. Zunächst sei es auffallend, wie eigenthümlich sich die Lage des Pflichttheilsberechtigten gestalten würde, je nachdem die Schenkung die Grenze der Uebermäßigkeit um ein Geringes übersteigt oder um ein Geringes hinter dieser Grenze zurückbleibt. Sie versuchen, diesen Ausspruch an einem Beispiel klar zu machen. Habe nämlich der Erblasser von dem 10 000 betragenden Vermögen 5001 verschenkt, so betrage der Pflichttheil (falls er die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils ausmache) 5000; habe er genau 5000 verschenkt, so betrage der Pflichttheil nur 2500. Diese Berechnung ist durchaus richtig, aber ihr Resultat ist keineswegs etwas besonders Auffallendes. Dieselbe Erscheinung finden wir überall da, wo das Gesetz ein gewisses Uebermaß nicht dulden will, und daher genöthigt zu sein glaubt, für dieses Uebermaß eine gewisse ziffermäßige Grenze zu bestimmen. In gleicher Weise auffallend mag es erscheinen, wenn das Gemeine Recht die sog. große Schenkung, d. h. die den Werth von 500 Solidi = 4666 Mark 67 Pf. selbst um ein Kleines übersteigende, hinsichtlich des Mehrbetrags für ungültig erklärt, falls gerichtliche Insinuation nicht stattgefunden hat, oder gar dem um die Hälfte verletzten Verkäufer das Recht des Rücktritts vom Kaufver-

Digitized by Google

trage einräumt, während es demjenigen Verkäufer, der einen die Hälfte des Werths der verkauften Sache um ein Geringes übersteigenden Kaufpreis erhalten hat, dieses Recht versagt. Die Motive haben übersehen, daß das Gemeine Recht eine nicht übermäßige Schenkung als eine gerechtfertigte Vermögensverminderung ansieht und so behandelt, wie eine legale Ausgabe oder einen zufälligen Verlust. Was sie mit jenem Beispiele beweisen, ist eine sehr klare Sache, nämlich, daß mit jeder Vermögensverminderung im Laufe des Lebens auch der ideale Erbtheil und Pflichttheil sich vermindert, aber dies spricht nicht gegen die Zweckmäßigkeit der gemeinrechtlichen Auffassung, wonach die Anfechtbarkeit einer Schenkung nach dem Vermögensstand zur Zeit ihrer Vornahme zu beurtheilen ist.

Das zweite, angeblich noch erheblichere praktische Bedenken soll der Beweislast zu entnehmen sein. Es sei nämlich fast unmöglich, den Bestand des Vermögens, welches der Erblasser zur Zeit der Schenkung gehabt habe, nachträglich, nachdem ein längerer Zeitraum verstrichen sei, festzustellen. Es mag sein, daß in der Praxis die wegen pflichtwidriger Schenkungen erhobenen Ansprüche nicht selten an der Beweisschwierigkeit scheitern. Allein welche Ansprüche, die sich auf längst vergangene Thatsachen gründen, theilen dieses Schicksal nicht? Welche ganz besondere Beweisschwierigkeit rechtfertigt es, unserem Anfechtungsanspruch eine ganz exceptionelle Stellung zuzuweisen? Bei den gewöhnlichen Schenkungen der mittleren und niederen Landleute bestehen derartige Beweisschwierigkeiten in der Regel nicht. Wenn der Landmann einem seiner Kinder sein Gut schenkungsweise übergiebt, so geht schon aus dem Vertragsinstrument die Zahl der Grundstücke und der Bestand an Vieh, Schiff und Geschirr hervor. Von dem anderweiten Vermögen, Capitalien und sonstigen Ausständen, wissen die Kinder in der Regel ebensoviel wie der Vater selbst, von Verheimlichungen kann fast nie die Rede sein. Und wissen es etwa die Kinder nicht, weil sie abwesend waren, so wissen es doch viele andere Leute, welche volle oder doch genügende Auskunft geben können. Eigentliche Beweisschwierigkeiten sind also in unsern Fällen kaum zu erwarten. Wenn dennoch derartige Anfechtungsklagen scheitern, so liegt der Grund, abgesehen von der Ungerechtigkeit der verfolgten Ansprüche, in der Regel in der Ueberschätzung des Werths der vom Beschenkten übernommenen Gegenleistungen, die den Werth der reinen Schenkung erheblich vermindern. Allein dies ist keine Beweisschwierigkeit im Sinne der Motive, weil ja der thatsächliche Umfang der Gegenleistungen von der Zeit der Schenkung bis zum Tode des Schenkers sich gleich bleibt, und ihr Werth in den einzelnen Jahren kaum variirt.

Digitized by Google

So erscheinen demnach die von den Motiven gegen die gemeinrechtliche Auffassung von der Uebermäßigkeit der Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme erhobenen praktischen Bedenken keineswegs begründet, und es bleibt daher nur noch die Frage zu erörtern übrig, welche praktischen Vortheile mit der Lehre des Entwurfs verbunden sind, wonach alle, auch die minderwerthigen Schenkungen unter Lebenden dem Nachlaßvermögen zugerechnet werden sollen, und von diesem Vermögensbestand der Pflichttheil zu berechnen wäre. Die Motive bekennen selbst, daß dieser Grundsatz insofern zu praktischen Unzuträglichkeiten führe, als danach der Pflichttheilsberechtigte jede, auch die geringste und die zeitlich entlegenste Schenkung herbeiziehen könne und nicht selten herbeiziehen werde, indessen könne es sich hier immer nur um die ungleich einfachere Feststellung des Vorhandenseins und der Höhe der Schenkungen handeln, und Schenkungen geringfügiger Art seien zumeist nur solche, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt würden, die nach § 2018 ausgeschieden seien. Wenn letztere statistische Bemerkung auch richtig sein sollte, so giebt es doch sicherlich recht viele geringfügige Schenkungen, die durch sittliche Pflicht und Anstand nicht veranlaßt sind, und wenn einmal ein Anfechtungsproceß erwachsen ist, so kann auf Grund feststehender Erfahrungen mit der größten Sicherheit darauf geschlossen werden, daß der Anfechtungskläger nichts unversucht lassen wird, um zahlreiche Schenkungen großer und kleiner Beträge zu behaupten und unter Beweis zu stellen, und er wird ein Beweisverfahren veranlassen, über dessen Zeitumfang, Kosten und Mühe es jedem Proceßbetheiligten angst und bange wird. Dies ist aber das Gegentheil von der Practicabilität des Rechts.

III.

Um eine Grundlage für die Lösung unserer Frage zu gewinnen, müssen wir zunächst die privatrechtlichen Interessen feststellen, welche bei ihr concurriren, und über deren legislative Begünstigung oder Zurücksetzung entschieden werden soll. Diese Interessen sind theils materielle, theils immaterielle. Nach Gemeinem Rechte concurriren nur drei Interessenten, der Schenker, der Beschenkte und der Pflichttheilsberechtigte, nach dem Rechte des Entwurfs entweder dieselben drei, oder es tritt auch noch der für den Pflichttheil zunächst haftende Erbe als vierter Interessent hinzu. In den Rollen des Pflichttheilsberechtigten, des Erben und des Beschenkten können mehrere Personen auftreten, und in der des Beschenkten, insbesondere mehrere dem Schenkungsacte und der Schenkungszeit nach ver-

Digitized by Google

schiedene Beschenkte (der früher Beschenkte und der später Beschenkte). Das Interesse des Schenkers ist ein vorzugsweise immaterielles, es ist das Interesse der privatrechtlichen Schenkungsfreiheit oder ihrer Beschränkung. Die Schenkungsfreiheit ist, wie jede andere privatrechtliche Freiheit, ein sehr wesentliches wirthschaftliches Gut. Wer unbeschränkt durch Rücksichten auf andere Personen frei über sein Vermögen verfügen und dasselbe schenkungsweise vergeben kann, ist nicht bloß in der Lage, seinen idealen Bedürfnissen, wie denen der Freundschaft, des Mitleids und menschlichen Wohlwollens gerecht zu werden, sondern er kann sich damit auch Ansehen, gesellschaftliche Macht, Anhang, pietätvolle Behandlung und andere sociale, mit gewissen materiellen Vortheilen verbundene Verhältnisse schaffen. Allein diese unbeschränkte Schenkungsfreiheit hat für den Schenker auch ihre nachtheilige Kehrseite. Denn da er mit der Entfremdung eines Theils seines Vermögens durch Schenkung die künftigen Erbtheile seiner Angehörigen schmälert, so entfremdet er sich, falls die Schenkung zur Kenntniß dieser gelangt, naturgemäß seine Familie, und er wird zeitlebens unter den Folgen seiner Lieblosigkeit zu leiden haben. Man braucht die ethischen und socialen Nachtheile einer solchen Lockerung des Familienbandes nicht näher auszumalen, um zur Ueberzeugung zu gelangen, daß die socialen Interessen eine wesentliche Beschränkung der Schenkungsfreiheit fordern. Andrerseits sind aber mit einer solchen Beschränkung für die Schenker insofern persönliche Nachtheile verknüpft, als der Beschenkte, falls ihm nach dem Tode des Schenkers das Geschenkte durch den Pflichttheilsberechtigten wieder entzogen werden kann, keine Gelegenheit vorübergehen lassen wird, ohne dem Schenker Wortbruch, Treulosigkeit oder Fahrlässigkeit in der Beurtheilung seiner Vermögensverhältnisse vorzuwerfen, Vorwürfe, die sein Ansehen und seine gesellschaftliche Stellung zu gefährden und die Ruhe seines Gewissens zu stören geeignet sind. Die Interessen des Beschenkten, des Pflichttheilsberechtigten und des für den Pflichttheil zunächst haftenden Erben sind selbstverständlich sehr materielle, aber sie sind ihrem Grade nach verschieden. Der Pflichttheilsberechtigte hat an sich keinen rechtlichen, sondern nur einen ethischen Anspruch darauf, daß ihm der Erblasser durch schenkweise Entfremdung eines Vermögenstheils seinen Erbtheil nicht schmälere, aber der Anspruch ist insofern kein ganz sicherer, als ja unglückliche Speculationen, zufällige Vermögensverluste und Derelictionen ganz dasselbe Resultat herbeiführen können, wie die Schenkung. Sein Anspruch ist daher immerhin ein mehr oder weniger unsicherer, jedenfalls erleidet er durch die Schenkung keinen eigentlichen Vermögensverlust. Anders der Beschenkte, der durch die An-

Digitized by Google

fechtung der Schenkung hart betroffen wird. Denn wenn er auch nur dasjenige zurückgeben muß, um was er noch bereichert ist, so bedeutet dies doch für ihn einen Vermögensverlust, nicht zwar den Verlust eines durch Arbeit oder eigene Vermögensopfer errungenen Guts, wohl aber den Verlust eines rechtmäßigen Erwerbs, auf welchen er seine bisherigen Lebensverhältnisse mitaufgebaut, an den er sich gewöhnt hatte, und dessen Ausscheidung ihm jetzt mehr oder weniger wehe thut. Am wenigsten wird der für den Pflichttheil zunächst haftende Erbe betroffen. Er hat zwar durch die letztwillige Verfügung des Erblassers ein Recht auf den Nachlaß oder einen Theil desselben erworben, und in dieser Beziehung steht er dem Beschenkten in Ansehung des durch Schenkung erworbenen Rechts gleich, er wird auch, wie dieser, durch den Erblasser getäuscht, allein er erleidet doch durch seine primäre Haftung für den Pflichttheil keinen eigentlichen Vermögensverlust, indem er seine Lebensverhältnisse auf die ihm zugewiesene Erbschaft noch keineswegs gebaut hatte.

Dies sind im Allgemeinen die Interessen, welche durch eine gesetzliche Regelung der Frage der Anfechtbarkeit von Schenkungen betroffen werden. Die Lösung dieser Interessencollision kann an sich nach verschiedenen Richtungen hin erfolgen, je nachdem man einem oder dem anderen Interesse einen absoluten Vorzug einräumt, oder sie alle oder einige von ihnen für gleicherweise schutzbedürftig erachtet. So könnte man den Anspruch des Pflichttheilsberechtigten auf Einrechnung des geschenkten Werthes in den Nachlaß ganz beseitigen, oder ihn nur dem Erben gegenüber zulassen, oder nur gegenüber dem Beschenkten, oder gleichmäßig beiden gegenüber, oder in erster Linie nur gegenüber jenem und nur für den Fall der Insufficienz dessen Erbtheils, also in zweiter Linie gegenüber dem Beschenkten, oder umgekehrt in erster Linie gegenüber dem Beschenkten und im Fall des Nichtmehrvorhandenseins des Geschenkten oder der Insolvenz des Beschenkten, also in zweiter Linie gegenüber dem Erben, oder man könnte den durch die Schenkung herbeigeführten Vermögensverlust gleichmäßig auf den Beschenkten, den Erben und den Pflichttheilsberechtigten vertheilen, man könnte den später Beschenkten in erster, den früher Beschenkten in zweiter Linie oder beide gleichmäßig haften lassen, man könnte die nachträglichen legalen Vermögensverminderungen oder Vermehrungen und die auf sittlicher Pflicht und Anstand beruhenden Schenkungen bei der Bestimmung der Größe des Nachlasses berücksichtigen oder nicht berücksichtigen, man könnte auf die Absicht des Schenkers und auf die Zeit der Schenkung oder auf die rein objective Verletzung des Pflichttheils zur Zeit des Todes des

Digitized by Google

Schenkers sehen, anderer Nebenumstände gar nicht zu gedenken. Es ist klar, daß unsere in das Leben des Volkes tief einschneidende Frage nicht casuistisch und vom Gesichtspunkt der Practicabilität des Rechtes aus entschieden, sondern nur durch Anwendung höherer, das Volksleben beherrschender Principien gelöst werden kann.

Nicht das Interesse der Einzelnen, sondern das höhere Interesse der Gesammtheit muß ausschlaggebend sein. Dieses höhere Interesse ist ein ethisches und soziales. Zu seiner Erkenntniß gelangen wir, wenn wir uns die ethische und soziale Aufgabe eines rechtschaffenen Familiengliedes gegenüber seiner Familie und zunächst die des Vaters gegenüber seinen Kindern vergegenwärtigen.

Ein rechtschaffener Vater, der von der natürlichen Liebe zu seinen Kindern beseelt ist, wird es als eine seiner Lebensaufgaben ansehen, innerhalb seines Berufes mit allem Fleiße und aller Sorgfalt nach Möglichkeit Vermögen zu erwerben und zusammenzuhalten, nicht bloß um sich und die Seinen während seines Lebens vor Nahrungssorgen zu bewahren und sich und den Seinen die nothwendige Grundlage für den Genuß der höheren Güter dieser Welt zu bereiten, sondern auch um seinen Kindern für die Zeit nach seinem Tode eine Hülfe bei ihrem Streben nach menschlicher Glückseligkeit zu gewähren. Seine Erwerbsthätigkeit und Sparsamkeit findet nicht etwa ihre Grenze in dem Zeitpunkt, in welchem er der Ueberzeugung sein darf, daß das angesammelte Vermögen ausreichen werde, um seine Kinder für eine längere Zeit nach seinem Tode vor der Noth des Lebens zu bewahren oder ihnen einen standesgemäßen Unterhalt zu gewähren, sondern er wird stets eingedenk sein, daß widrige Schicksale selbst große Vermögen zerstäuben können, und daß das Vermögen ein Schatz ist, an dem die Motten und der Rost nagen. Sein ganzes Sehnen ist dahin gerichtet, den Töchtern ein Vermögen zu hinterlassen, welches ihnen eine gute Heirath ermöglicht, und den Söhnen einen Werth zuzuwenden, der sie kräftig macht, den wirthschaftlichen Kampf des Lebens mit Ehren zu bestehen. Den wenigsten Menschen ist es nun vergönnt, Reichthümer in dem Maße zu sammeln, daß dieselben auch noch in mehreren künftigen Generationen der Familie wohlthätig wirken, und bei den meisten Menschen findet eine Steigerung der Erwerbskraft über eine gewisse Grenzlinie hinaus nicht statt, so daß die hauptsächlichste Thätigkeit des Familienvaters im Zusammenhalten des einmal erworbenen Vermögens, in einer weisen Sparsamkeit besteht. Damit völlig unverträglich ist die Entfremdung von Vermögenstheilen durch Schenkungen an Dritte, und der rechtschaffene Familienvater be-

Digitized by Google

trachtet es als eine seiner ersten ethischen Vermögenspflichten gegenüber seinen Kindern, nichts zu verschenken, sofern nicht höhere sittliche Pflichten dies gebieten. Diesem sittlichen Principe, welches in seiner Consequenz zur völligen Schenkungsunfreiheit führen würde, steht aber ein anderes nicht minder wichtiges sittliches Princip entgegen. Der Vater ist das Haupt des Hauses und der Familie, und die Kinder sind ihm Achtung, Ehrerbietung und Gehorsam schuldig; sie müssen das Vertrauen zu ihm haben, daß er nichts thut, was der Familie zum wahren Nachtheil gereicht, was nicht durch irgend eine, von ihnen etwa nicht begriffene Pflicht gefordert wird, und wenn er eine Schenkung vornimmt, so müssen sie vertrauensvoll annehmen, daß er seine guten oder zwingenden Gründe dazu gehabt habe. Dazu kommt, daß er es doch ist, der das Vermögen erworben hat, daß er Herr desselben ist, und daß die Freiheit des Vaters, über sein Vermögen zu verfügen, ein sittliches Gut ist, welches durch die Ansprüche der Kinder nicht völlig vernichtet werden kann. Die Collision dieser sittlichen Pflichten und Ansprüche kann nur durch eine gleichmäßige Beschränkung beider gelöst werden, und es entspricht der sittlichen Gerechtigkeit durchaus, wenn die Ethik dem Vater das Recht einräumt, die Hälfte seines Vermögens durch freigebige Verfügungen unter Lebenden oder von Todeswegen den Kindern zu entziehen, ihm aber die Pflicht auferlegt, die andere Hälfte desselben seinen Kindern zu hinterlassen. —

Wesentlich dasselbe ethische Pflichtverhältniß besteht zwischen der Mutter und ihren Kindern, den Ehegatten unter einander und den Kindern und ihren Eltern, und es läßt sich zur Begründung der Beschränkung der Schenkfreiheit im Wesentlichen dasselbe anführen, was eine Beschränkung der Testirfreiheit rechtfertigt.

Diese ethische Pflicht der Familie ist aber für unser Vaterland auch eine eminent sociale. Die Familie ist die Grundlage, auf welcher sich der nationale und sociale Körper unseres Volkes aufbaut, und wenngleich die heutige Gesetzgebung bereits sehr viel gethan hat, um die Kraft des Individuums im Interesse des Volks- und Staatswohls zu stärken, und aller Voraussicht nach dieses Bestreben sein Ende noch nicht erreicht hat, so bleibt doch immerhin der Familie die Hauptthätigkeit in dieser Beziehung überlassen. Das Gemeinwesen hat demnach das höchste Interesse daran, daß die Familie wirthschaftlich stark sei, daß das von ihr erworbene Vermögen auch bei ihr verbleibe und durch Schenkungen eines Familiengliedes ihr nicht entfremdet werde. Wie die Ethik, so fordert auch das öffentliche Wohl eine Beschränkung der Schenkfreiheit der Familienglieder überhaupt, und in demselben Umfange wie jene.

Digitized by Google

Bei Lebzeiten des Familienglieds kann diese aus der Beschränkung der Schenkfreiheit resultirende ethische und sociale Pflicht desselben nicht zu einer privatrechtlichen in der Weise erhoben werden, daß den künftigen Pflichttheilsberechtigten ein Veto eingeräumt würde. Nicht bloß, daß ihre Legitimation dermalen eine noch zweifelhafte ist, denn Kinder, Ehegatten und Eltern können vor dem Schenker sterben, nicht bloß auch, daß eine Pflichttheilsverletzung dermalen noch nicht feststeht, denn der Schenker kann im ferneren Verlaufe seines Lebens noch so viel Vermögen erwerben, daß er seinen Erben mehr als die Hälfte seines Vermögens hinterläßt, sondern ein solch' actueller Eingriff selbst muthmaßlicher Erb- und Pflichttheilsanwärter in die Dispositionsfreiheit des lebenden Vermögenseigenthümers wäre etwas unseren Rechtsinstitutionen durchaus Fremdes. Erst mit dem Tode des Erblasser-Schenkers erhält jene ethische und sociale Pflicht eine privatrechtliche Gestalt und Wirksamkeit, und erst mit diesem Zeitpunkte erwächst den in ihrem Pflichttheile Verletzten ein Anspruch auf Einbeziehung aller vom Erblasser der Familie durch freigebige Acte entfremdeten Vermögensstücke in die Erbschaft und zwar gegen diejenigen, welchen sie zum Nachtheil des Pflichttheilsberechtigten zugewendet worden sind.

Geht man von den hier entwickelten Principien aus, so sind die Einzelfragen unschwer zu beantworten. Vor allem und

1. fragt es sich, ob der Gesetzgeber mit der Anerkennung des Anspruchs des Pflichttheilsberechtigten auf Einbeziehung der Schenkung in den Nachlaß nicht etwa eine Ungerechtigkeit gegenüber dem Beschenkten begehe. Entscheidend hierbei ist das Größenverhältniß der collidirenden Interessen. Wie überall, so muß auch hier das schwächere Interesse dem stärkeren weichen. Es ist richtig, daß durch die Anfechtbarkeit einer Schenkung der Beschenkte hart betroffen werden kann, allein dieser individuelle Umstand kann bei der Lösung unserer Frage gar nicht in Betracht kommen, entscheidend sind vielmehr nur die Gesammtinteressen des Volks. Als ein solches erscheint nun zwar die Rechtssicherheit, und diese ist allerdings gefährdet, wenn ein nach den Grundsätzen des Rechts und sowohl vom dispositionsberechtigten Schenker wie vom Beschenkten im besten Glauben geschlossener Schenkvertrag nach Jahren und Decennien bloß deshalb angefochten werden kann, weil er gewissen natürlichen Erwartungen der Erben des Schenkers nicht entspricht. Allein dieses Interesse der Rechtssicherheit tritt gegenüber dem oben geschilderten Interesse der Familie entschieden zurück, um so mehr, als die Schenkung ihrer wirthschaftlichen und socialen Natur nach kein den sonstigen

Digitized by Google

Vermögenserwerbsacten ebenbürtiger, vielmehr ein Act ist, dem, falls er nicht im Einzelfall durch sittliche Pflichten erzeugt wird, die Sympathieen des Volkes nicht zur Seite stehen, und der keinen Anspruch auf definitive Sicherstellung erheben kann.[1])

2. Die weitere Frage, ob nur übermäßige Schenkungen, d. h. solche Schenkungen, welche nach dem Vermögensbestande zur Zeit ihrer Vornahme übermäßige sind, oder ob alle vom Erblasser gemachte Schenkungen, ohne Rücksicht auf ihr Größenverhältniß dem Nachlasse hinzuzurechnen seien, muß mit dem Entwurfe in letzterem Sinne beantwortet werden. Denn die ethische und sociale Beschränkung der Schenkfreiheit erstreckt sich auf das ganze Leben des Familienglieds. Immer muß es Maß halten mit seinen Freigebigkeiten und stets eingedenk sein, daß auch die Zukunft Gelegenheiten zu weiteren Schenkungen darbieten wird, und daß widrige Schicksale sein Vermögen verkleinern können. Andererseits kann auch eine zur Zeit ihrer Vornahme übermäßige Schenkung den Charakter der Uebermäßigkeit dadurch verlieren, daß der Schenker im Laufe der Zeit ein solches Vermögen erwirbt und erspart, daß das Geschenk zur Zeit des Todes nur einen geringen Bruchtheil des Nachlasses bildet.

3. Selbstverständlich kommt es daher auch nicht auf eine feindselige oder lieblose Absicht des Schenkers gegenüber seinen Pflichttheilsberechtigten an.

4. Nach dem Entwurf (§ 2015) haftet für die Befriedigung des Anspruchs auf den außerordentlichen Pflichttheil der später Beschenkte vor dem früher Beschenkten und der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist. Dagegen versteht es sich nach den Motiven (S. 462) von selbst, daß die mehreren Schenkungen insgesammt dem Nachlasse hinzuzurechnen sind. Nach dem oben ermittelten Princip müssen aber sämmtliche Schenkungen, ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Vornahme, gleichmäßig behandelt werden, und es liegt kein stichhaltiger Grund vor, den letzten Beschenkten vor dem ersten voll

---

[1]) Näheres habe ich in dem Aufsatz: „Die Schenkung" in den „Gutachten aus dem Anwaltstande" Heft 3 dargestellt. Auch die Motive (S. 452) deuten die Unsicherheit der Schenkung an, wenn sie sagen: „Freigebige Zuwendungen haben nicht eine so endgültige Wirksamkeit, daß sie nicht unter Umständen im Interesse von Personen, welche darunter zu leiden haben, entkräftet werden können. Dies lehren überzeugend die Vorschriften der Conc.-O. und das Ges. vom 21. Juli 1879 über die Anfechtung von Rechtshandlungen." Die Behandlung der Lehre von der Schenkung im Entwurf läßt indessen das gerade Gegentheil von der Schwächlichkeit der Schenkung erkennen.

Digitized by Google

und ganz haften zu lassen. Denn in rechtlicher Beziehung stehen sich sämmtliche Beschenkte gleich, die Schenkung an Einen ist so viel oder so wenig zu respectiren, wie die Schenkung an den Andern, und vom ethischen Gesichtspunkte aus betrachtet ist die eine so wenig gerechtfertigt wie die andere. Die zeitliche Priorität kann keinen Einfluß haben, weil die Zeit des Todes des Schenkers und sie allein für das Dasein einer Pflichttheilsverletzung maßgebend ist. Stehen sich hiernach die mehreren Schenkungen principiell gleich, so müssen sämmtliche Beschenkte pro rata haften.

Man kann nicht einwenden, der Schenker sei sich bei der zweiten Schenkung bewußt gewesen, daß er damit den Pflichttheil verletze, so daß diese zweite Schenkung von einer ganz besonderen Schwäche befallen sei. Denn nach der Auffassung des Entwurfs kommt es für die Anfechtbarkeit der Schenkungen überhaupt auf dieses Bewußtsein gar nicht an, und außerdem giebt es Fälle genug, in welchen der Schenker bei der zweiten Schenkung jenes Bewußtsein nicht hatte und nicht haben konnte, während er dasselbe gerade bei der ersten hatte oder haben mußte. Man denke hierbei nur an die im Laufe des Lebens des Schenkers eintretenden zufälligen Vermögensvermehrungen und Vermögensverminderungen. Hatte Jemand am 1. Januar 1868 einen Vermögensbestand von 10 000 und schenkte er an diesem Tage 6000 im vollen Bewußtsein, daß er mittelst dieser übermäßigen Schenkung seine Pflichttheilsberechtigten um 1000 verkürze, war sogar seine und des Beschenkten Absicht gerade hierauf gerichtet, so wird an der ganz besonderen Schwäche dieser Schenkung doch wohl nicht zu zweifeln sein. Erwarb er dann im Laufe der Jahre, etwa durch Erbschaft, 12 000 hinzu, und machte im Jahre 1878 eine zweite Schenkung von 2000, so würde er damit, falls er nunmehr verstorben wäre, den Pflichttheil nicht verletzen. Denn sein effectives Vermögen beträgt 16 000; hierzu kommt der Betrag der ersten Schenkung mit 6000, das Nachlaßvermögen beträgt darnach 22 000, und der Pflichttheil 11 000. Verschenkt hat er nur 6000 + 2000 = 8000. Der effective Nachlaß beträgt nach der zweiten Schenkung 14 000, der Pflichttheil ist sonach nicht verletzt, der Berechtigte erhält vielmehr 3000 mehr, als sein Pflichttheil betragen würde. Vermindert sich nun im weiteren Decennium in Folge zufälliger Verluste oder schlechter Wirthschaft sein Vermögen von 14 000 um 10 000, so daß in 1888 nur noch ein effectiver Nachlaß von 4000 vorhanden ist, so berechnet sich der Pflichttheil auf 4000 (effectiver Nachlaß) + 2000 (zweite Schenkung) + 6000 (erste Schenkung) = 12 000 und hiervon die Hälfte auf 6000. Darauf erhält

Digitized by Google

er den Nachlaß mit 4000; nach dem Entwurf würde er den Betrag der zweiten Schenkung mit 2000 erhalten, und der zuerst Beschenkte wäre ersatzfrei. Dies ist jedenfalls ein sehr unbilliges Resultat, und die simple Gerechtigkeit fordert mindestens die Gleichstellung der beiden Beschenkten, die Haftung beider pro rata ihrer Schenkungen, so daß in dem angeführten Beispiele der zuerst Beschenkte für 1500, der zweite für 500 haften würde.

5. Aus dem oben entwickelten Principe, wonach der Erblasser die Hälfte des während seines Lebens angesammelten Vermögens seinen Pflichttheilsberechtigten hinterlassen muß, während er über die andere Hälfte seines Vermögens durch Freigebigkeiten zu Gunsten Dritter frei verfügen darf, folgt die völlige Gleichstellung der Beschenkten und des Erben in Bezug auf die Haftbarkeit für den außerordentlichen Pflichttheil. Nach diesem Principe ist es völlig gleichgültig, ob der Erblasser den Pflichttheil durch Schenkungen unter Lebenden oder durch letztwillige Verfügungen verletzt, und wie hiernach nicht die Beschenkten die ausschließlich Haftbaren sind (römisches Recht), so ist es auch nicht primär der eingesetzte Erbe (französisches Recht). Die Motive (S. 454) erkennen diese Gleichstellung mit den Worten an: „Die letztwillige Zuwendung ist ebenso ein Act der Freigebigkeit, wie die zuvor gemachte Schenkung", und: „die von dem Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen Bedachten können nicht besser gestellt sein, als die von ihm bei Lebzeiten Beschenkten" (S. 463). Nichtsdestoweniger lassen sie den durch die letztwillige Verfügung Bedachten in erster, und den Beschenkten erst in zweiter Linie haften. Einen zutreffenden Grund für diese Abweichung vom Princip geben die Motive nicht an. Sie sagen nur: „Da ohne die letztwillige Zuwendung die Schenkung unberührt geblieben wäre, so muß zunächst die letztwillige Zuwendung zur Gewährung oder Ergänzung des Pflichttheils dienen." Mit demselben Rechte könnte man sagen: „Da ohne die Schenkung die letztwillige Zuwendung nicht berührt würde, so muß zunächst die Schenkung zur Gewährung und Ergänzung des Pflichttheils dienen." Wenn die Motive (S. 455) sagen: „Der Zweck jenes Grundsatzes — zu verhüten, daß der Pflichttheilsberechtigte durch Schenkungen unter Lebenden benachtheiligt wird — trägt nicht weiter, als daß Schenkungen insoweit ökonomisch rückgängig gemacht werden, als der Nachlaß bei dem Tode des Erblassers nicht hinreicht, dem Pflichttheilsberechtigten das ihm Gebührende zu gewähren. Hat der Erblasser diesen Nachlaß selbst noch durch willkürliche Anordnungen zum Nachtheile des Pflichttheilsberechtigten gemindert, so müssen diese Anordnungen zunächst

Digitized by Google

fallen —", so trifft dies zunächst auch bei den Schenkungen zu, denn diese sind ebenfalls willkürliche Anordnungen zum Nachtheil des Pflichttheilsberechtigten. Die Motive scheinen hierbei immer nur den Fall im Auge zu haben, daß die letztwillige Anordnung die der Zeit nach letzte sei. Dies wird jedoch nicht stets der Fall sein. Denn wenn Jemand in seinen mittleren Jahren ein Testament errichtet, durch dessen Erbeinsetzung der Pflichttheil nicht verletzt ist, und nachher erst Schenkungen vornimmt, so muß er sich doch sagen, daß er gerade durch ihre Vornahme den Pflichttheil verletze.

Einen positiven Grund für die Regel der primären Haftbarkeit des Erben und für die Ausnahme der Haftung des Beschenkten finden die Motive auch hier lediglich in der Practicabilität des Rechts. Sie erkennen (S. 456) selbst an, daß diese Regelung unter Zugrundelegung eines formalen Princips Einwendungen unterliege, zumal der Grundsatz mit Rücksicht auf die maßgebenden sachlichen Gesichtspunkte weitgehende Ausnahmen erfahren müsse, allein sie glauben, daß diese Einwendungen zurücktreten müßten vor dem großen Vortheile, welchen die feste Kategorie des Pflichttheilsanspruchs gewähre. Worin dieser Vortheil bestehen soll, ist zwar nicht angegeben, man wird ihn aber im Wesentlichen wohl darin finden dürfen, daß der Pflichttheilsberechtigte sich lediglich an eine Person, den Erben, zu halten hat, während er sonst seinen Anspruch theilen und gleichmäßig gegen den Erben und den oder die Beschenkten klagend vorgehen müßte. Die Schwierigkeiten der Feststellung des Pflichttheils durch Ermittelung der Person der Beschenkten und der Größe der einzelnen Schenkungen bleiben sich in einem und dem andern Falle gleich. Nun ist es zwar für einen Gläubiger im Allgemeinen von Vortheil, wenn er, statt mehrere Prorata-Schuldner ausklagen zu müssen, sich an einen einzigen wegen des Ganzen halten kann, allein ein solcher Vortheil kann doch nun und nimmermehr den Gesetzgeber zu einer so großen Ungerechtigkeit gegen den einen Mitschuldner bestimmen, indem er ihn für den ausschließlich Verhafteten erklärt und ihm nicht einmal einen theilweisen Regreß gegen diejenigen gewährt, welche durch Empfangnahme von Schenkungen unter Lebenden die Verletzung des Pflichttheils mitverschuldet haben. Die ausschließliche Haftbarkeit des Erben hat aber zuweilen auch einen Nachtheil für den Pflichttheilsberechtigten, insbesondere dann, wenn der Erbe insolvent wird, in welchen Fällen es dem Pflichttheilsberechtigten recht wünschenswerth erscheinen dürfte, wenigstens für einen Theil seines Pflichttheils noch andere Schuldner zu haben. Zudem sind auch die Schwierigkeiten einer gerichtlichen Belangung der Beschenkten

Digitized by Google

keineswegs so erheblich. Treten dieselben doch auch dann ein, wenn der Erbe primär nicht haftet.

6. Nach dem Entwurfe finden die Vorschriften über den außerordentlichen Pflichttheil keine Anwendung auf Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden. Diese Schenkungen sind daher weder anfechtbar, noch werden sie behufs Berechnung des Pflichttheils in den Nachlaß eingerechnet. Ersteres ist richtig, letzteres nicht. Wenn das Gesetz dem Familiengliede gestattet, über die Hälfte seines Vermögens in freigebiger Weise zu verfügen, so will es damit nicht die grundlosen oder gar die unsittlichen Schenkungen begünstigen, sondern nur die Schenkfreiheit respectiren und den Schenker davon befreien, Rechenschaft über die Gründe seiner Schenkung abzulegen. Es überläßt ihm, mit oder ohne Grund zu schenken und untersucht die Motive nicht weiter.

Dies sind im Wesentlichen die Consequenzen, welche sich aus dem ethischen und socialen Principe, wonach ein Familienglied über die Hälfte seines Vermögens sowohl unter Lebenden wie letztwillig in freigebiger Weise verfügen darf, die andere Hälfte aber seinen Pflichttheilsberechtigten hinterlassen soll, ergeben, und es geht daraus hervor, daß weder der reine Gesichtspunkt des Gemeinen Rechts mit seinem Uebermaß der einzelnen Schenkung, noch der des Entwurfs mit seiner Verletzung des außerordentlichen Pflichttheils für das künftige deutsche Gesetzbuch zu empfehlen sein dürfte.

Digitized by Google

XVII.

Gutachten des Herrn Prof. Dr. Otto Mayer in Straßburg

über die Frage:

Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches beabsichtigten Weise zu beschränken?

I. Die Schaffung unseres bürgerlichen Gesetzbuches giebt die Gelegenheit, so manchen veralteten und verrotteten Rechtszustand gründlich neu zu gestalten, dem man im gewöhnlichen Gange der Dinge vielleicht so bald noch nicht beigekommen wäre. Bei wenigen Stücken des in deutschen Ländern geltenden Civilrechts ist das Bedürfniß solcher Abhülfe so stark, wie bei dem Rechte der Ehescheidungsgründe. Hier waren aber auch die Bedingungen der geschichtlichen Entwicklung ganz besonders unglückliche.

Das protestantische Eherecht, welches zuerst die maßgebenden Grundsätze auszubilden hatte, bewies hierbei ganz den Mangel an rechtsgestaltender Kraft, welcher der deutschen Reformation überhaupt eigen ist. Den Richter auf die freie Forschung in der Schrift verweisen, die doch ein Ehescheidungsrecht offenbar nicht ordnen will, hieß, eine allgemeine Zerfahrenheit einleiten und willkürliche Ausdehnungsversuche mit der wunderlichsten Analogie.

Als dann die großartige Civilgesetzgebung des jungen preußischen Staates der Sache eine feste Ordnung gab, die von weittragendem Einfluß wurde auch über die preußischen Grenzen hinaus, da war es der volle Geist des 18. Jahrhunderts, welcher ihr die Grundsätze dictirte. Die alten Vorurtheile sind gründlich abgeschüttelt, das Staatswohl, wie

Digitized by Google

man es damals verstand, ist die einzige Rücksicht, die Ehescheidung kommt vor Allem in Betracht unter dem Gesichtspunkte der „Population". „Wird ein solches Paar geschieden, und das Weib heirathet dann einen anderen Kerl, so kommen doch noch eher Kinder davon" — in diesem klassischen Ausspruche ist der Geist unseres maßgebenden Ehescheidungsrechtes zusammen gefaßt.

Seit lange ist jetzt schon eine Bewegung im Gange, welche auf eine strengere Ordnung dieser Dinge gerichtet ist. Hat doch selbst die sonst so geduldige evangelische Kirche sich hier zu einem Widerstande aufgeschwungen: die Trauungsverweigerung für Geschiedene spielte eine bedeutsame Rolle, bis das Reichscivilstandsgesetz den Geistlichen die Waffe aus der Hand nahm. Mehrere unerledigte Gesetzentwürfe der preußischen Regierung, darunter einer von Savigny's trefflichen Ausführungen begleitet (Vermischte Schriften V S. 222 ff.), zeugen von dem guten Willen, Abhülfe zu schaffen, aber auch von der Schwierigkeit für die Einzelgesetzgebung, aus der betretenen Bahn herauszukommen. Einstweilen sind wir noch immer in der Lage, daß die fremden Nationen in statistischen Zusammenstellungen darauf hinweisen können, wie die races germaniques, die Deutschen voran, so besonders begabt seien für die Ehescheidung, dank auch ihrer überaus günstigen Gesetzgebung; und ein neuerer französischer Schriftsteller (Glasson, le mariage civil et le divorce, 1880, S. 368) kann in Bezug auf unser Ehescheidungsrecht mit hämischem Behagen den Ausspruch thun: le législateur prussien n'a pas compris la sainteté du mariage.

Nun aber soll der Augenblick gekommen sein. Nun erscheint unser „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" und verkündet in feierlicher Weise den festen Entschluß, die lange angestrebte Reform auf diesem Gebiete zur Durchführung zu bringen. An der Spitze der Begründungen für das betreffende Capitel stehen die Worte: „Der christlichen Gesammtanschauung des deutschen Volkes entsprechend, geht der Entwurf davon aus u. s. w." (Motive Bd. VI S. 562). Dann folgt eine Auseinandersetzung, wie die Ehe ihrem Begriff und Wesen nach unauflöslich sei, die Scheidung stets etwas Anomales und keine Begünstigung verdiene. Die gewichtigen Gründe, die auch vom staatlichen Standpunkte aus für eine strengere Gestaltung des Scheidungsrechtes sprechen, werden knapp und schlagend zusammengefaßt.

Wir wollen sehen, in welcher Weise der Entwurf diese strengere Gestaltung des Scheidungsrechtes zum Ausdruck bringt.

Digitized by Google

II. Der Entwurf beginnt damit, gewisse Arten von Ehescheidungen, welche zur Zeit nach manchen Gesetzen zulässig sind, gänzlich auszuschließen. Er verwirft jede Scheidung aus Willkür (gegenseitiger Einwilligung), ebenso jede Scheidung wegen zufälliger Umstände (insbesondere Geisteskrankheit). Seine Vorschläge beruhen auf dem Grundsatze, „daß ein Ehegatte nur wegen schweren Verschuldens des anderen Ehegatten die Scheidung zu verlangen berechtigt sein solle". Darin besteht seine Strenge, damit ist sie aber auch zu Ende.

Betrachten wir die Ehescheidungsgründe, welche sich für den Entwurf aus jenem obersten Principe ergeben.

Sie zerfallen in zwei Gruppen: absolute Ehescheidungsgründe und relative.

Die ersteren sind: Ehebruch, bösliche Verlassung und Lebensnachstellung. Ueber diese wird kein Streit sein.

Erst mit den relativen beginnt das streitige Gebiet. Hier kommt die große Frage für den Gesetzgeber, wie weit soll man über jene drei Fälle noch hinausgehen, um Ehescheidung wegen Verschuldens zuzulassen?

In der Art, wie er an die Lösung dieser Frage herangeht, bleibt der Entwurf seinem allgemeinen Charakter treu. Es ist ein großartiges Werk streng juristischer Schule; überall sucht er allgemeine Begriffe und Grundsätze aufzustellen, welche dann mit unentwegter Folgerichtigkeit durchgeführt werden. So auch hier. All diese weiteren Scheidungsgründe werden „auf ein gemeinsames Princip zurückgeführt" (Mot. IV, S. 572, S. 593). Dieses Princip ist in dem abschließenden § 1444 des Entwurfes ausgesprochen. Es lautet kurz: der Ehegatte muß eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet haben, daß dem anderen die Fortsetzuug der Ehe nicht zugemuthet werden kann.

Was heißt das: „tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses"? Der Zusatz soll es erläutern, welcher den Ehegatten vor einer solchen „Zumuthung" verwahrt. Die Begründungen zum Entwurf sagen überdies noch deutlicher, worauf es ankommt. Die Ehe muß dem unschuldigen Ehegatten unerträglich geworden sein, weil seine eheliche Gesinnung zerstört worden ist. Die eheliche Gesinnung ist aber nichts anderes als der Wunsch, mit dem Anderen ehelich zusammen zu leben. Ueberall, wo er die geforderte Zerrüttung näher beschreiben will, wiederholt der Entwurf diesen Doppelsatz: Mangel der ehelichen Gesinnung und deshalb Unerträglichkeit der Ehe (Mot. S. 574, 575, 586, 587).

Digitized by Google

Auf diesem Gedanken beruht nach der Auffassung des Entwurfs das ganze Ehescheidungsrecht. Denn die Ehescheidung ist nichts anderes als ein Schutzmittel, und zwar das einzige wirksame, gegen die durch die Schuld des Anderen unerträglich gewordene Ehe und somit gegen das schuldhafte Verhalten des Anderen selbst. Auf diese Weise bewährt sich gerade in der Ehescheidung der Charakter der Ehe als eines Rechtsverhältnisses (Mot. S. 563).

Dieser Gedanke liegt nach der Auffassung des Entwurfes eigentlich auch den absoluten Scheidungsgründen unter. Nur sind diese gewissermaßen formell geworden: es wird bei ihnen ein für alle Mal und ohne Weiteres angenommen, die Ehe sei unerträglich geworden (Mot. S. 574). Bei den relativen aber, und deshalb heißen sie so, kommt es immer erst noch darauf an, daß „der Richter die Ueberzeugung gewinnt, daß im gegebenen Falle die Fortsetznng der Ehe dem verletzten Ehegatten in der That dadurch unerträglich geworden sei" (Mot. S. 575). In diesem Sinne knüpft denn auch § 1444 des Entwurfs die relativen Scheidungsgründe an die absoluten an mit den Worten: „Ist von einem Ehegatten in anderer als der in den §§ 1441 bis 1443 bezeichneten Weise ..... eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet worden".

Fragen wir nunmehr: in welcher anderen Weise kann denn dies geschehen? welches sind die relativen Ehescheidungsgründe? — so ist die Antwort mit unwiderleglicher Folgerichtigkeit gegeben dahin, daß sich dies im Voraus und allgemein nicht bestimmen läßt. Denn für die Frage der Unerträglichkeit der Ehe muß die unendliche Mannigfaltigkeit des Subjectiven in Betracht gezogen werden. Was ist da nicht alles geeignet, die eheliche Gesinnung zu zerstören! Eine casuistische Aufzählung würde nie erschöpfend sein für alle geeigneten Scheidungsgründe (Mot. S. 574). Andererseits wirkt das, was geeignet sein mag, nicht unter allen Umständen gleich: es kommt immer darauf an, „ob die Ehe auch vom subjectiven Standpunkte des klagenden Ehegatten aus als eine zerrüttete anzusehen ist" (Mot. S. 596). Die Ehescheidung ist unzulässig, wenn die Handlung des Anderen nicht geeignet war, seine eheliche Gesinnung zu zerstören, ihm die Fortsetzung der Ehe unerträglich zu machen (Mot. 586), wenn er zu erkennen gab, daß die Begehung der Handlung „seine eheliche Gesinnung nicht afficirt" (Mot. S. 587). Es ist also vielmehr alles abzumessen nach den concreten Umständen „mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Bildung, die äußere Stellung, sowie auf den Charakter und die Persönlichkeit der Ehegatten" (Mot. S. 574). Das kann in völlig entsprechender Weise nur geschehen durch den Richter,

Digitized by Google

welcher den einzelnen Fall vor sich hat. Dieser mag also frei entscheiden, ob ein genügender Grund für die Zerstörung der ehelichen Gesinnung vorlag oder nicht. Dazu giebt ihm das Gesetz jenes allgemeine Princip „direct und deutlich" in die Hand, indem es nur beispielsweise den einen oder anderen relativen Scheidungsgrund besonders hervorhebt.

Das ist der Sinn des § 1444, eine Neuerung, wie die Begründungen ihn selbst bezeichnen, und eine sehr bedeutsame Neuerung, wenn man auch nur die äußere juristische Gestaltung des Ehescheidungsrechtes ins Auge faßt.

Es ist eigentlich falsch, hier noch von relativen Scheidungsgründen zu sprechen. Es giebt in Wahrheit nur einen großen Scheidungsgrund, und dieser ist immer gleich und immer absolut: der Mangel der ehelichen Gesinnung. Nur bedarf diese Gesinnung, um also zu wirken, ihrerseits wieder einer gewissen Rechtfertigung. Es muß ein odium probabile sein, um in der Sprache der Pandekten zu reden, eine justa causa odii muß dargethan werden können. Die Begründungen gebrauchen selbst die entsprechenden technischen Ausdrücke: die Ehe soll „entschuldbarer", „gerechtfertigter" Weise unerträglich geworden sein (Mot. S. 574). Praktisch allerdings wird jener eigentliche Scheidungsgrund immer mehr oder weniger zurücktreten. Denn der Mangel der ehelichen Gesinnung ist regelmäßig durch die Thatsache der erhobenen Scheidungsklage bei dem Scheidungskläger ausreichend bewiesen. Es kann sich also nur noch um den Beweis der zugehörigen justa causa handeln, um irgend eine Verfehlung des Verklagten, welche jenen Mangel bei ihm erklärlich und entschuldbar macht.

Wenn man aber auch deshalb diese Entschuldigungsgründe selbst als die wahren Scheidungsgründe ansehen will, so ist doch ihre Besonderheit damit nicht entsprechend bezeichnet, daß man sie relative Scheidungsgründe nennt, d. h. solche, die nur unter gewissen Bedingungen wirken. Die Hauptsache ist vielmehr, daß sie dem Richter zu finden überlassen, unbestimmt geblieben sind; sie sind nichts weniger als causes déterminées, wie sie das französische Recht der Scheidung aus Willkür gegenüberstellt. Der Entwurf spricht von einer clausula generalis, die hier zur Anwendung gebracht werde, ähnlich wie im Schweizerischen Bundesgesetz vom 24. December 1874. Dort heißt es in Art. 47: „Wenn keiner der genannten Scheidungsgründe vorliegt, aber gleichwohl das eheliche Verhältniß als tief zerrüttet erscheint, so kann das Gericht auf gänzliche Scheidung oder auf Scheidung von Tisch und Bett erkennen".

Die Verwandtschaft ist in der That unverkennbar; der deutsche Richter ist etwas enger gehalten, als sein schweizerischer College: er muß

Digitized by Google

wenigstens den Grund der Zerrüttung genauer angeben und ihn in einer gewissen, im Allgemeinen bezeichneten Art von Umständen suchen. Aber im Wesentlichen kann der eine wie der andere nach dem Vorbilde des römischen Prätors sprechen: Item si qua alia justa causa esse videbitur, divortium dabo.

III. Ueber die sachliche Bedeutung der Bestimmungen des § 1444 kann aber auch kein Zweifel sein: sie bringen für diejenigen Rechtsgebiete, welche Scheidungen aus Willkür, wegen unüberwindlicher Abneigung und dergleichen kannten, einen theilweisen Ersatz durch desto größere Ausdehnung der Ehescheidung wegen Verschuldens, für die übrigen bedeuten sie eine Erweiterung des Ehescheidungsrechtes schlechthin.

Betrachtet man zunächst einmal den Gesetzestext für sich allein, um ihn auf seinen Umfang zu prüfen, so ist ja selbstverständlich eine clausula generalis darauf angewiesen, möglichst weit gefaßt zu sein, namentlich, wenn der Gesetzgeber darauf bedacht ist, daß er doch ja ein „den Bedürfnissen Rechnung tragendes Princip" aufstelle, d. h. ein solches, welches sicherlich keinen Fall ausläßt, in welchem eine Scheidung berechtigt sein könnte. Hier entsteht aber noch eine ganz besondere Verschwommenheit dadurch, daß bei der angenommenen Grundauffassung am entscheidenden Punkte alles in das Dämmerlicht des subjectiven Gefühls des gekränkten Gatten gerückt ist, auf dessen concreten Standpunkt der Richter sich stellen soll.

Was stecken nicht alles für Scheidungsmöglichkeiten in den weiten Falten des Textes des § 1444!

Verletzung der *ehelichen Pflichten* ist das erste Beispiel, das er hervorhebt; die Verletzung soll eine schwere sein; dies ist sie, wenn sie geeignet erscheint, das eheliche Verhältniß zu zerrütten, und das hängt wieder von der zu berücksichtigenden Individualität des anderen Ehegatten ab.

Nehmen wir die tüchtige Geschäftsfrau, deren leichtsinniger Mann alles verwirthschaftet, so daß er seinen Pflichten zur Erhaltung der Familie nicht mehr nachkommt (§ 1280 des Entw.); die Frau muß selbst die Zügel des Geschäftes ergreifen. Mit welch' grimmiger Geringschätzung sieht sie auf den Schwächling herab! Schön ist das nicht von ihr, aber gewiß entschuldbar: die Ehe wird geschieden.

Aber sehen wir auf der anderen Seite die genußsüchtige Gattin, die sich weigert, dem Haushalt ordentlich vorzustehen, und Mann und Kinder verwahrlosen läßt (§ 1275 des Entw.): ist der Mann ein fein-

Digitized by Google

fühliger reizbarer Mensch, so ist es kein Wunder, wenn er die eheliche Gesinnung verliert; dann kann man ihm aber auch die Fortsetzung der Ehe nicht zumuthen, und er muß geschieden werden. Phlegmatiker dagegen werden sich schon mehr gefallen lassen müssen.

Nun kommen aber hier natürlich nicht bloß Verletzungen formeller, gesetzlich bezeichneter Rechtspflichten in Betracht. Alles ist zwischen den Ehegatten Pflicht, was die bei Eingehung der Ehe beschworene Liebe und Treue gebietet, und jede schwer empfundene Verletzung dieser Regeln kann die Ehescheidung begründen. Der Entwurf trägt Sorge dafür, besonders hervorzuheben, daß dieses auch nebenbei und indirect geschehen kann: jede schlechte Aufführung eines Ehegatten auch Dritten gegenüber kann zugleich als Liebloſigkeit und Rücksichtsloſigkeit gegenüber dem anderen Ehegatten in Betracht kommen (Mot. S. 595). Daher ehrloſes oder unſittliches Verhalten im Allgemeinen als genügende Rechtfertigungsgründe für die ehelösende Abneigung des anderen Gatten bezeichnet werden. Was als ehrloſes Verhalten solche Abneigung zu bewirken geeignet sei, das muß natürlich wieder nach der Bildung, der äußeren Stellung, nach Charakter und Standesanschauung des Klägers beurtheilt werden. Die Generalstochter hat den Assessor geheirathet. Der Mann bekommt Streit, weigert sich, auf Pistolen los zu gehen, bekommt seine Entlassung als Reserveoffizier. Die Familie der Frau und diese selbst verachten ihn gründlich. Ist das von ihrem Standpunkte aus nicht gerechtfertigt? Ihr Standpunkt ist aber der maßgebende. Also Ehescheidung!

Und nun alle die kleinen und großen Laster, welche im Uebermaß Unsittlichkeiten vorstellen: Spielwuth, Trunksucht (Mot. S. 595), unordentliche Lebensart im Allgemeinen (Mot. S. 574), — nicht mehr wird es Aufgabe des Ehegatten sein, schon um seiner selbst willen, den andern mit schonender, zärtlicher Hand zurückzuführen zu suchen oder ein gewisses Maß wenigstens und äußeren Anstand durchzusetzen. Die Empfindlichkeit ist die Königin, vor welcher der Richter sich verneigt. Opfer werden nicht mehr zugemuthet. Der elende Ehegatte, welcher sich sittenstolz von dem Fehlenden zurückzieht und ihn preisgiebt, um seine Entrüstung zur Schau zu tragen, hat das Gesetz für sich.

Die Phantasie ist verlockt, die abenteuerlichen Ehescheidungsfälle auszudenken, welche sich unter den Wortlaut des § 1444 unterbringen ließen. Aber das Nächstliegende genügt schon. —

Freilich, das darf man nicht übersehen: es ist offenbar nicht die Absicht des Entwurfs, daß alle Ehescheidungen auch wirklich ausgesprochen

Digitized by Google

werden sollten, zu welchen § 1444 formellen Anhalt böte. Es sollen Maß und Schranken dabei eingehalten worden, wie sie eine gute, strenge Sitte verlangt. Nur will der Entwurf selbst nicht darüber bestimmen; er vertraut darauf, daß die Gerichte, in deren freies Ermessen er diese weite Gewalt legt, dem Freiheitstriebe der scheidungslustigen Ehegatten die rechten Grenzen zu ziehen wissen würden. Wenn das wirklich die Erwartung ist, so dürfte sie schwer getäuscht werden.

Der Vorschlag des Entwurfs bewegt sich allerdings in einer Richtung, welche unserer neuen Gesetzgebung überhaupt eigenthümlich ist. Das freie richterliche Ermessen ist das allgemeine Heilmittel geworden für so manche Härte, Steifheit und Unbeholfenheit unseres alten Rechts. Wir haben aber doch auch schon nüchterner denken gelernt und sind längst nicht mehr in dem alten Vorurtheil befangen, als sei Alles und Jedes in der idealsten Weise besorgt, wenn man nur einen Spruch des ordentlichen Civilgerichts darüber entscheiden lasse. Auch bei den Gerichten geht es menschlich zu. Gerade in Ehescheidungssachen muß das besonders stark zur Geltung kommen. Der Richter steht hier unter dem einseitigen Eindruck des Einzelfalles, in welchem immer das Individuum und die Rücksicht auf dieses die Hauptrolle spielt, das Interesse des Instituts aber zurücktritt. Gerade die besten Gewohnheiten, welche er von der sonstigen Civil- und Strafrechtspflege mitbringt, treiben ihn hier immer in derselben Richtung. Er ist wohlwollend und sucht den Parteien zu helfen; da steht nun der unglückliche Kläger vor ihm, der — augenblicklich wenigstens — in der Lösung der Ehe seine einzige Rettung sieht; soll er so hart sein und die Hülfe verweigern, welche er mit einer etwas milden Anwendung des Gesetzes gewähren könnte? Er kann andrerseits nicht gleichgültig bleiben gegenüber Beweisen von Rohheit und unedler Gesinnung; es giebt ihm eine sittliche Genugthuung, den Beklagten, der sich schlecht aufgeführt hat, durch den Ausspruch der Ehescheidung mit aller Strenge zu verurtheilen. In beiden Fällen trägt in Wirklichkeit das Institut der Ehe die Kosten. Aber es steht dem Richter nicht so menschlich nahe, es wird auch nicht so unmittelbar durch den Einzelfall berührt; erst die vielen Fälle zusammengerechnet, werden es erschüttern.

Unsere Civilgerichte müssen und werden immer geneigt sein, die Ehescheidung zu erleichtern. Die Aera der größten Laxheit in Ehescheidungssachen wurde bezeichnender Weise in Preußen eingeleitet 1748 durch die Uebertragung der Rechtsprechung von den Consistorien auf die ordentlichen Gerichte. — Wir haben neuerdings wieder gesehen, wie die Gerichte im Reichslande das verhältnißmäßig strenge französische Ehescheidungs-

Digitized by Google

recht zu mildern wußten. Dasselbe anerkennt die böswillige Verlassung nicht als Ehescheidungsgrund und ebensowenig den Ehebruch des Mannes, wenn er nicht unter besonderen Umständen begangen ist. Aber es nennt als solchen die injures graves, und die Gerichte haben unter diesem Titel jene beiden Ehescheidungsgründe thatsächlich eingeführt. — Sehr unverhohlen spricht sich das Eidgenössische Statistische Büreau in diesem Sinne aus (Schweizerische Statistik XLV S. IX). Es handelt sich um den oben erwähnten Art. 47 des Bundesgesetzes, welcher mit unserem § 1444 so nahe verwandt ist, und um die allgemeine Klage, daß dadurch die Zahl der Ehescheidungen sehr gestiegen sei. Da wird denn hervorgehoben, „daß nicht alle unter Umständen berechtigten Scheidungsgründe im Gesetze vorausgesehen werden können (ganz unser Entwurf!), und daß ferner, wenn man den Richter an dieselben binden und ihm kein freies Urtheil über die Sache gestatten wolle, man damit nicht verhindern könne, daß Scheidungen ausgesprochen werden, welche nur im Wortlaute des Gesetzes, nicht aber in den wirklichen Verhältnissen begründet sind". — Man kann das auch bei uns als eine nothwendige und berechtigte Erscheinung preisen hören: der Richter sorgt hier, sagt man, für eine den Bedürfnissen entsprechende Fortbildung des Rechts. Wir wollen's nicht leugnen; wir wollen nur feststellen, daß diese richterliche Fortbildung stets entsprechend den Bedürfnissen des Einzelnen erfolgt, niemals im Interesse einer strengeren Geltendmachung der Würde des Instituts. — Die gleiche Statistik (a. a. O.) bekundet, daß von je 11 Scheidungsklagen nur je eine abgewiesen zu werden pflegt, die Wahrscheinlichkeit durchzudringen, also gleich $^{10}/_{11}$ ist, die Zahl der Scheidungen aber in den nächsten Jahren nach dem Bundesgesetz in einzelnen Cantonen derart gestiegen ist, daß 8,91, 14,02 und 15,65 auf je 100 Trauungen im Jahre kamen. Welche Wahrscheinlichkeitsziffern! und als Folge davon, welche Procentsätze!

Unser Entwurf hat allerdings noch ein besonderes Auskunftsmittel zur Anwendung gebracht, durch welches der Vermehrung der Scheidungen auf Grund des § 1444 vorgebeugt werden soll: regelmäßig wird wegen „relativer Scheidungsgründe" zunächst nur auf Trennung von Tisch und Bett erkannt. Das Trennungsurtheil ist bereits ein bedingtes Scheidungsurtheil, und nach Ablauf der Trennungszeit wird die Scheidung ohne Weiteres ausgesprochen. Der Richter kann es sehr leicht umgehen, wenn er nur feststellt, daß er eine Aussöhnung nicht hoffe. Nur um die Möglichkeit der Aussöhnung zu geben, ist das vorläufige Trennungsurtheil zugelassen. Dazu ist es aber ein sehr ungeeignetes Mittel. Man lasse die Leute thatsächlich sich trennen, wenn sie Aus-

Digitized by Google

söhnung noch für möglich halten. Wenn einmal die Sache gerichtlich geworden ist, ein Urtheil zwischen sie getreten ist, dann ist die Entfremdung gewaltig gewachsen. Es wird Ehrensache, nicht mehr nachzugeben.

Die praktische Bedeutung dieses Auskunftsmittels wird in Wahrheit auch nur die sein, die Scheidung zu erleichtern. Dem richterlichen Gewissen wird der Entschluß weniger schwer gemacht, wenn nicht geradezu gleich auf einmal die Scheidung ausgesprochen werden soll. Eine bloße Trennung kann man auch schon in zweifelhafteren Fällen bewilligen, damit ist noch nichts endgültig verdorben. Daß die Scheidung später nothwendig erfolgt, — nun das geschieht eben später. Der Weg zur Scheidung ist mit guten Trennungsurtheilen gepflastert.

Alles in Allem: wir müssen uns darauf gefaßt machen, daß der § 1444 ohne weitere Schranken bis in die letzte seiner mannigfaltigen Scheidungsmöglichkeiten hinein von unseren Gerichten ausgenutzt werden wird.

Und das Ergebniß für unsere künftige Eherechtsordnung? Eine unbestimmte und unbekannte Menge von Scheidungsgründen wird über unseren Ehen schweben. Wie viele giebt es nicht, wo der eine oder der andere Ehegatte einmal irgend eine Pflichtverletzung, eine Rücksichtslosigkeit oder Liebloſigkeit in Bezug auf sittliches oder ehrenhaftes Verhalten sich hat zu Schulden kommen lassen! Es kommt nun nur noch darauf an, ob der Verletzte dadurch seine eheliche Gesinnung hat „afficiren“ lassen und von ihm los sein will. Dann muß man es eben einmal probiren. Reicht es aus oder nicht? Im Voraus kann man es nicht wissen, so wenig wie der Gesetzgeber. Der Richter wird es finden, auf seine Geneigtheit kann man rechnen. Weist er aber dennoch einmal die Klage ab, nun so ist die Ehe gleichwohl verdorben: man war einmal im Ehescheidungsproceß! Und selbst wenn es nicht zur förmlichen Klage kommt, — lassen wir einmal dieses System der unbestimmten Ehescheidungsgründe in's Volksbewußtsein übergehen: der Gedanke, möglicher Weise loszukommen, wird in jede häusliche Zwistigkeit hineinragen, in jeder zornigen Rede alsbald das Wort Ehescheidung ausgesprochen werden. Die sittliche Idee des ehelichen Bandes als eines festen, unantastbaren, heiligen wird arg zu Schaden kommen.

Es kann ja nicht vom Gesetzgeber verlangt werden, daß er ohne Weiteres das von kirchlichen Anschauungen erzeugte Eherecht sich zu eigen mache. Aber an der Spitze eines derartigen Vorschlages, wie der hier besprochene, das „christliche Gesammtbewußtsein des deutschen Volkes“ anzurufen, hat auch wieder keine Berechtigung.

Digitized by Google

IV. Die Neuerung, welche der Entwurf uns bringen will, können wir sonach für eine glückliche nicht erachten. Wir wenden uns in erster Linie gar nicht einmal gegen das übertriebene Maß der Ehescheidungsfreiheit, sondern vielmehr gegen die Art, wie dieses Maß bestimmt oder vielmehr nicht bestimmt wird. Der Gesetzgeber darf sich der schwierigen Aufgabe nicht entziehen wollen, diesen Gegenstand eingehend selbst zu ordnen; er darf diese Aufgabe nicht auf den Richter überwälzen.

Freilich! Ist er denn überhaupt im Stande, sie selbst zu lösen? Der Entwurf verneint es: die Ehescheidung ist ihrem Wesen nach das einzige wirksame Schutzmittel des einen Ehegatten gegen den andern; daraus folgt mit Nothwendigkeit die individuelle Behandlung der Schutzgewährung und das freie richterliche Ermessen. Diese Folgerung ist unzweifelhaft richtig, die grundlegende Voraussetzung aber unseres Erachtens gänzlich schief und unwahr.

Wenn es sich nur um den Schutz des einen Ehegatten gegen den andern handelt, so giebt es noch ganz andere, gelindere Mittel; es ist eine leere Ausrede, wenn man behauptet, man müsse die Ehescheidung gewähren, weil man die Leute sonst schutzlos ließe. Polizei und Strafrechtspflege sind doch heut zu Tage nicht so schwer in Bewegung zu setzen; sie sprechen auch zwischen Ehegatten so manches Wort darein. Wenn sie auch die zarteren Verwicklungen nicht schlichten können, für das Gröbste geben sie jedenfalls Schutz genug, wenn man sie nur anruft. Noch mehr: auch eine thatsächliche Trennung soll ja möglich bleiben. Die gerichtliche Trennung von Tisch und Bett als dauernde Einrichtung neben der Scheidung ist allerdings verworfen; aber eine Trennung auf Zeit kann noch immer verfügt werden, um „inzwischen Schutz zu gewähren". Und selbst ohne Gericht kann man sich auf solche Weise schützen: der Ehegatte, der es mit dem andern nicht mehr aushalten kann, verläßt ihn; wenn er gute Gründe hat, wird ihn das Gericht niemals zur Rückkehr verurtheilen, noch Ehescheidung wegen böswilliger Verlassung gegen ihn aussprechen; sogar Gewährung des Unterhalts kann er bei solcher eigenmächtigen Trennung vom andern verlangen (Mot. S. 580, S. 589, 590). Für den bloßen „Schutz" wäre damit wohl eigentlich hinreichend gesorgt.

Aber der Ehescheidungsklage kommt es auch in Wahrheit gar nicht so sehr auf den Schutz an. Die Ehescheidung gewährt allerdings *auch* Schutz, aber sie gewährt noch viel mehr, und dieses Mehr ist die Hauptsache an ihr: sie ist eine Statusänderung, sie macht aus einem ver-

Digitized by Google

heiratheten Menschen einen ledigen und giebt die Erlaubniß, eine neue Ehe zu schließen.

Wer von diesem Mehr absieht und die gewaltige restitutio in integrum als bloßes harmloses Schutzmittel verwendet unter dem Vorwande, es gebe kein anderes, der wird über das Ziel sehr arg hinausschießen.

Den inneren Widerspruch zwischen Ursache und Abhülfemittel, zwischen dem subjectiven Unbehagen in der bestehenden Ehe und der Forderung der Gestattung einer anderen wird man durch Verdrehung des Thatbestandes und aufgeklebte Scheingründe vergebens zu verdecken suchen.

Der Entwurf möchte es gern dem Staate als eine natürliche Pflicht zuschieben, solche Unglückliche frei zu machen, da er es sei, der den Zustand, welcher sie bedrückt, künstlich erst schaffe und aufrecht erhalte. Darum sagt er nicht: der Staat verweigert die Scheidung, sondern: er anerkennt eine Rechtspflicht der Ehegatten, sich nicht zu scheiden (Mot. S. 562), — als ob die Ehegatten von Natur und ohne den hartherzigen Staat sich frei müßten scheiden können! Ganz entsprechend lautet auch die ständige Formel: der Staat darf den Betreffenden „die Fortsetzung der Ehe nicht zumuthen", — aber der Staat hat ihnen ja die Ehe nicht auferlegt, und wenn er sich jetzt weigert, das, was sie selbst auf ewig geschlossen, nichtgeschehen zu machen, damit sie frei wieder von vorn anfangen können, so ist das eine Zumuthung wie die: nichts geschenkt zu bekommen, oder nicht begnadigt zu werden.

Ebensowenig vermag es uns zu rühren, wenn da wieder jene tugendhaften Redensarten des vorigen Jahrhunderts in's Feld geführt werden, wonach die Scheidung stattfinden muß: „wenn die Voraussetzungen dieser innigsten Lebensgemeinschaft gänzlich geschwunden sind, und deshalb die Ehe als segenbringend und veredelnd nicht mehr gedacht werden kann" (Mot. S. 562). Was ist segenbringend und veredelnd? Die unglücklichste Ehe, welche, weil man es zu müssen glaubt, tapfer ertragen wird, in welche man sich mit Schmerzen schickt, ist es wahrlich häufiger als die glatteste, behaglichste. Die Obrigkeit soll sich doch mit ihrer Gescheitheit nicht allzu sehr in die Erziehung mischen wollen, die der einzelnen Menschenseele zu Theil wird. Jedenfalls ist das für sie kein Standpunkt. Das Schlimmste an Unschlüssigkeit wird aber geleistet, wenn man von diesem subjectiven Gesichtspunkte aus geradezu den Charakter der Ehe als eines sittlichen Instituts zur Forderung weiterer Ehescheidungsgründe verwerthet. Weil die Ehe „eine sittliche Seite" hat, nicht bloß Rechtsverhältniß ist, muß im Falle der Trunksucht eines Ehegatten, unordentlicher Lebensweise und

Digitized by Google

dergleichen — man erwartet vielleicht: strenge gegen denselben eingeschritten werden? — Nein, die Ehe muß geschieden werden, um der sittlichen Entrüstung willen, welche das bei dem anderen Ehegatten hervorgebracht haben kann (Mot. S. 595).

So leidet denn auch die Theorie des Entwurfes vollständig Schiffbruch an den althergebrachten feststehenden Ehescheidungsgründen des Ehebruchs und der böslichen Verlassung. Hier kann die maßgebende Zerstörung der ehelichen Gesinnung doch nur sehr von ferne im Hintergrund noch gezeigt werden. Der Entwurf muß selbst anerkennen (Mot. S. 575), daß die Verletzung der ehelichen Pflichten objectiv der Scheidungsgrund ist.

Der Gedanke ist klar, der in diesen beiden Ehescheidungsgründen zum Ausdruck kommt. Die Ehe ist zerstört thatsächlich, äußerlich, objectiv, durch Aufhebung der ausschließlichen Geschlechtsgemeinschaft, durch Aufhebung des thatsächlichen Zusammenlebens. Hier tritt die Ehescheidung ein in ihrer vollen unverfälschten Bedeutung: sie giebt einen Ersatz für die verlorene Ehe durch die eröffnete Möglichkeit einer neuen, als ein helfender Eingriff des Staates zu Gunsten des um sein Recht gebrachten Ehegatten (v. Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht S. 291 ff.). Für diese Ehescheidungsgründe ist es ganz gleichgültig, wie dieser Letztere den Verlust empfindet. Er mag nach „Charakter und Persönlichkeit" für den Ehebruch des Anderen ziemlich unempfindlich sein, er mag Danklieder gesungen haben, als der Andere ihn böslich verließ und dadurch von seiner Anwesenheit befreite. Die Thatsache des Verlustes für sich allein giebt den Anspruch auf den Ersatz.

Wenn man also diese beiden alten Ehescheidungsgründe nicht gleichfalls umzubilden wagt im Sinne jenes subjectiven Standpunktes, — und selbst der Entwurf will das nicht, — so giebt es nur zweierlei:

— entweder man stellt die Ehescheidung wegen Unerträglichkeit daneben: dann hat man zwei innerlich und dem Grundgedanken nach ganz verschiedene Ehescheidungsarten;

— oder man ordnet alle übrigen Ehescheidungsgründe nach denselben Gesichtspunkten, wie jene zwei, und verzichtet damit auf die ganze „Neuerung" und „Neugestaltung", auf welche der Entwurf sich so viel zu Gute thut.

Das letztere scheint uns das einzig Richtige zu sein. Nicht wegen der juristischen Einheitlichkeit des Ehescheidungsrechtes, — das wäre vielleicht für den Entwurf ein entscheidender Grund, für uns ist er das nicht, — sondern weil es der einzig sichere Weg ist, aus der ganzen Verwirrung

Digitized by Google

herauszukommen. Das subjective Sich-unglücklich-fühlen des Ehegatten ist überhaupt kein geeigneter Maßstab für die Ehescheidung; wenn wir den Schwerpunkt der Sache dorthin verlegen, so erkennen wir eine Forderung an den Staat an, welche derselbe niemals befriedigen kann. Das freie Ermessen des Richters für jeden Einzelfall ist nur der halbe Weg; der zuständige Richter ist schließlich einzig und allein das Individuum selbst und der Scheidebrief das Natürliche; alles andere wird dann als willkürliche Beschränkung empfunden. Der Staat muß das ein für alle Mal abschütteln, indem er seine Bürger entschlossen wissen läßt, daß ihr Unglück für ihn kein naturrechtlich gebotener Grund der Ehescheidung sei, vielmehr die Ehescheidung eine außerordentliche Wohlthat, die er unter so vielen Voraussetzungen gewährt, als mit der guten Ordnung sich verträgt; bei wem das dann zutrifft, der mag es genießen, ob es ihm sehr zu gönnen ist oder nicht; bei wem es nicht zutrifft, der hat kein Recht sich zu beklagen.

Ueber das Maß der Ausdehnung der Ehescheidungsmöglichkeit ist damit allerdings noch nichts gesagt. Der Gesetzgeber ist natürlich frei, zu bestimmen, welche Thatsachen er als schwerwiegend genug ansehen will, um anzunehmen, die Ehe sei zerstört und der Ersatz durch Ehescheidung am Platze. Aber — und das macht den großen praktischen Unterschied — er ist auch nicht genöthigt, alles Nähere und Genauere dem Ermessen des Richters zu überlassen, er ist auch frei, diese Thatsachen im Voraus nach festen Merkmalen zu bezeichnen.

Und wenn er das thun kann, so muß er es thun. Eine Casuistik muß er aufstellen, wenn man es so nennen will, von bestimmten Ehescheidungsgründen, über welche weder die Richter noch die Parteien hinaus können. Denn ein Ehescheidungsrecht des Gesetzgebers brauchen wir und nicht ein Ehescheidungsrecht des Richterstandes.

V. Wenn in dieser Weise die deutschen Regierungen und die deutsche Volksvertretung sich ausdrücklich und im Einzelnen schlüssig machen werden über die Ehescheidungsgründe, welche zuzulassen sind, so dürfen wir vertrauen, daß im Ganzen auch wohl das richtige Maß dabei herauskommt.

Dasselbe dürfte, so dünkt uns, allerdings in mancher Beziehung enger ausfallen, als wenn das Gesetz nach dem Vorschlage des Entwurfes nur allgemeine Ermächtigungen giebt, welche der Richter ausfüllt. Wir wissen ja, wie es bei getheilten Verantwortlichkeiten zu gehen pflegt. Der Gesetzgeber, welcher den ersten Schritt macht, beruhigt sein Gewissen in dem Gedanken, der ausführende Beamte werde schon das richtige

Digitized by Google

Maß halten, und der Richter fühlt sich gedeckt durch den Gesetzgeber, der ja so weite Möglichkeiten bestehen lassen wollte. Unser Gesetzgeber welcher der ganzen Verantwortlichkeit auf einmal in's Auge schaut, der zudem nicht befangen ist durch das Mitleid mit dem einzelnen menschlichen Subject, das seine Hülfe angeht, wird manches nicht als Ehescheidungsgrund ausdrücklich zulassen, was er in einer solchen allgemeinen Ermächtigung halb willig, halb unwillig mit einbegriffen hätte. Aber das ist auch das Richtige; nur der klare, wohlbedachte Wille des Gesetzgebers darf hier entscheiden.

Auf der anderen Seite ist es auch sehr wohl denkbar, daß man in manchen Punkten über das vom Entwurf gezogene Maß hinausgeht. Der Entwurf hat, wie er das nun einmal gerne thut, sein Princip mit schroffer juristischer Einseitigkeit durchgeführt: im Falle des Verschuldens Alles, ohne Verschulden gar nichts, heißt es bei ihm. Von diesem Garnichts wird man aber unter Umständen doch vielleicht Ausnahmen machen wollen.

Im Einzelnen seien nur folgende Bemerkungen gestattet.

Die wichtigste Gruppe von Ehescheidungsgründen bilden natürlich die Pflichtverletzungen gegenüber dem anderen Ehegatten. Unter ihnen ragen Ehebruch und bösliche Verlassung hervor; sie sind die Typen für alle übrigen.

Der preußische Entwurf von 1844 (§ 2) hatte dieser Anlehnung der übrigen Ehescheidungsgründe an Ehebruch und Desertion dadurch Ausdruck zu geben gesucht, daß der Richter dieselben nur unter einer besonderen Bedingung gelten lassen darf: es muß durch die Schuld des verklagten Theils die Ehe in nicht minderem Grade zerrüttet worden sein, als durch Ehebruch oder durch bösliche Verlassung geschehen sein würde (Savigny, vermischte Schriften Bd. 5 S. 301). Es wird sich aber doch nicht umgehen lassen, daß das Gesetz diese dem Ehebruch und der Desertion gleichwiegenden Fälle ihrer Art und Schwere nach selbst bezeichnet; mit einer Clausel, wie die damals vorgeschlagene, fallen wir wieder in das Arbiträre. Lebensnachstellungen gehören gewiß hierher; Mißhandlungen dann unbedingt gleichfalls, wenn sie so weit gehen, daß man sagen kann, der Betroffene habe thatsächlich keine Ehe mehr, indem die rechtlich bestehende ihm dadurch unmöglich gemacht wird. Das Gesetz mag für diese und andere Dinge die Formel der Maßbestimmung finden. Jedenfalls verwahren wir uns gegen einen Kautschukparagraphen wie die injures graves des französischen Rechts.

Diesen Pflichtverletzungen schließen sich dann andere Fälle an, wo

Digitized by Google

ohne solche unmittelbare Feindseligkeit und absichtliche Ehewidrigkeit der gleiche Erfolg einer Zerstörung der Ehe herbeigeführt wird, und deshalb die Hülfe am Platze ist. Auch hier wird meistens der Kläger sich auf einen Fehler, auf eine schlechte Aufführung des Anderen berufen müssen, sonst könnte die Rücksicht auf diesen der Hülfe für ihn im Wege stehen. Das Hauptbeispiel bietet die Verurtheilung zu längerer Gefangenschaft. Der Entwurf möchte, seinem Schema zu Liebe, auch diese Dinge unter den Gesichtspunkt der Scheidung wegen Verschuldens bringen und construirt sich zu diesem Zwecke wieder einen subjectiven Maßstab nach der anderen Seite hin: in der Begehung der Verbrechens liegt zugleich eine Rücksichtslosigkeit und Lieblosigkeit gegen den anderen Ehegatten, und dieses Nebenproduct erzeugt dann den nöthigen „entschuldbaren Mangel der ehelichen Gesinnung" beim Kläger (Mot. S. 595). Das ist jedoch ganz gezwungen und unwahr, führt überdies zu der willkürlichen Beschränkung, daß auch das Verbrechen erst nach Eingehung der Ehe begangen worden sein muß (Entwurf § 1444). Wegen eines vor der Ehe begangenen Verbrechens kann nur die Anfechtungsklage wegen Irrthums helfen. Diese Anfechtung versagt aber, wenn der andere Gatte von der alten Geschichte Kenntniß hatte oder nicht innerhalb 6 Monaten nach erlangter Kenntniß die Klage erhebt: er mußte also nöthigenfalls durch die Klage seinen schuldigen Gatten selbst verrathen! Das Richtige wird sein, daß die Gefangenschaft oder Landflüchtigkeit, oder, wenn man will, schon die gerichtliche Verurtheilung die Ehe trennen, nicht das Verbrechen. Die Schlechtigkeit, welche in dem Verbrechen liegt, kommt nur insofern in Betracht, als das Gesetz deshalb aller schonender Rücksicht enthoben ist und für die objectiv zerstörte Ehe dem anderen Gatten den Ersatz in Form der Ehescheidung unbedenklich gewähren kann.

Ebenso dürfte der Entwurf in eine zu weit gehende Strenge verfallen sein, wenn er die Scheidung wegen Geisteskrankheit so unbedingt verwirft. Eine Verschuldung ist ja allerdings hier nicht vorhanden, wohl aber das, was immer der eigentliche Grund der Scheidung ist: die thatsächliche Zerstörung der Ehe. In vielen Fällen wird gleichwohl die Rücksicht auf den Betroffenen die Ehescheidung zu Gunsten des Andern verbieten. Aber der völlig umnachtete Geisteskranke bedarf dieser Rücksicht nicht mehr. Das Dogma von der Schuld, welches doch nur durch künstliches Flickwerk zusammengehalten wird, kann für sich allein uns nicht bestimmen, die Hülfe in solchem Falle zu versagen. Ueber die ge-

Digitized by Google

naueren Voraussetzungen wird auch hier, wie überall, der Gesetzgeber sich schlüssig zu machen haben.

VI. Wir streiten mit dem Entwurf über juristische Begriffe und über die denselben entsprechende Art der Rechtsgestaltung. Es könnte den Anschein haben, als läge wirklich die letzte Entscheidung der Frage in solchen juristischen Erwägungen. Darüber dürfen wir uns aber allerdings nicht täuschen. Die juristischen Constructionen und Deductionen haben beiderseits keine selbständige Bedeutung. Wenn der Entwurf die Ehescheidung als allgemeines Schutzmittel gegen Unerträglichkeit der Ehe behandelt und die Ehescheidungsgründe dem Richter frei giebt, so ist der Grund dafür nicht eine bestimmte Anschauung von dem Wesen der Ehescheidung, sondern es kommt darin einfach jene Geistesströmung zum Ausdruck, welche das Wohl der Individuen gegenüber dem Rechte der sittlichen Institute kräftig zur Geltung kommen lassen will. Alle juristischen Auseinandersetzungen, wie auch die schwungvollsten Betheuerungen des Interesses für die Heiligkeit der Ehe, sind nur Verbrämungen.

Umgekehrt: wenn wir die Ehescheidung als einen außerordentlichen Eingriff des Staates gestaltet wissen wollen, der an feste, objectiv bestimmte Merkmale geknüpft wird, so ist uns diese juristische Auffassung dictirt von einer entgegengesetzten, — bekennen wir es gerade heraus: von einer ganz unliberalen Gesinnung, welche wir in Ansehung solcher gesellschaftlichen Einrichtungen hegen.

Diese beiden Grundrichtungen werden sich mit rechtswissenschaftlichen Erörterungen gegenseitig nichts anhaben, so wenig wie mit philosophischen und socialpolitischen; es kommt einfach darauf an, was man will, nicht darauf, was man weiß.

Seitwärts steht allerdings noch eine große Masse vermittelnder Anschauungen. Am verbreitetsten dürfte wohl diejenige sein, welche es für ziemlich gleichgültig erklärt, ob die staatliche Gesetzgebung lax oder streng sei; schließlich seien für das Maß, in welchem von dem Ehescheidungsrecht Gebrauch gemacht wird, doch noch ganz andere Einflüsse maßgebend. Die so sprechen, mögen zusehen, daß sie nicht einen an sich richtigen Gedanken durch einseitige Betonung zu einem falschen machen. Gewiß wirken hier noch andere Mächte mit. Aber die staatliche Gesetzgebung ist auf die Dauer doch die wichtigste. Wenn sie noch neu ist, werden ihre Wirkungen durch Gewohnheit, durch religiöse Anschauungen und dergleichen vielfach durchkreuzt; aber auf die Dauer erzieht sie das Volk, macht selbst Sitte. Die Erfahrungen der schweizerischen Ehegesetzgebung

Digitized by Google

sind auch hier sehr lehrreich. Im Anfang wirkte das die Ehescheidung erleichternde Bundesgesetz, welches oben erwähnt wurde, sehr verschieden in den protestantischen und in den katholischen Cantonen. Die neuere Statistik vermochte bereits festzustellen, daß ein Ausgleich sich zu vollziehen beginnt, und daß die Zahl der Ehescheidungen auch in den letzteren zunimmt (Schweizerische Statistik LXVI S. 84 u. 85).

Jedenfalls darf der Staat auf den mäßigenden Einfluß der Religion sich nicht allzu sehr verlassen, wenn er von seinen Gesetzen ganz entgegengesetzte Grundsätze predigen läßt. Und was die Sitte anlangt, so sollen wir nicht vergessen, daß wir in einer großen Umwälzung begriffen sind: wir fangen soeben an, ein reiches Volk zu werden. Was der alte Römer von unseren Vorfahren sagte: plus ibi boni mores quam alibi bonae leges valent, gilt von uns nicht mehr. Die Zeit der guten Gesetze ist gekommen. An ihnen ist es, für gute Zucht im Volke zu sorgen.

Ohne Härten gegen die Einzelnen, wie sie der Entwurf so ängstlich vermeiden will, wird es freilich nicht abgehen. Es muß ja manchmal dem Einzelnen die Aufrechterhaltung einer Ehe, wie der Entwurf sagt, zugemuthet werden, obwohl sie ihn unglücklich macht. Aber was muthet unser Staat seinen Bürgern nicht schon zu? Für Aufbringung der Geldmittel, deren er immer reichlicher bedarf, für Herstellung einer gleichmäßigen Volksbildung in intellectueller Beziehung, für den Aufbau vor allem der kriegerischen Macht des Reiches! Warum soll es nicht auch einmal für Aufrechterhaltung guter Zucht und Sitte geschehen dürfen? Auch das ist eine Rüstung, deren unser Volk nicht entbehren darf, wenn es feststehen soll in den Stürmen, welchen wir wohl noch entgegengehen.

Digitized by Google

XVIII.

Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Leonard Jacobi, Docenten der Rechte zu Berlin

über die Frage:

Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigten Weise zu beschränken?

Die Beantwortung fällt verneinend aus. Sie wird in § I, welcher den Inhalt des Entwurfs und seine Begründung darstellt, bereits vorbereitet. Diese Darstellung ergiebt aber auch die Nothwendigkeit, sich über gewisse historische Anknüpfungspunkte zu verständigen, was in § II: Gottes Wort und die Kirchen, sowie in § III: Der souveräne Staat und das Eherecht, geschieht, worauf sich in § IV die Resultate von selbst ergeben.

---

§ I. Der Entwurf und seine Begründung.

1. Das Ehescheidungsrecht des Entwurfs beruht nach ausdrücklichem Bekenntnisse der Motive (Bd. IV S. 567) auf dem Grundsatze,

> daß ein Ehegatte nur wegen schweren Verschuldens des andren Ehegatten die Scheidung zu verlangen berechtigt sein soll.

Von diesem Grundsatze ausgehend ist der Entwurf dazu gelangt, nur anzuerkennen:

a) als absolute Scheidungsgründe: (§ 1441) Ehebruch und widernatürliche Unzucht (§§ 171, 175 St.G.B.), sowie (§ 1442) Lebensnachstellung und (§ 1443) sogen. „bösliche Verlassung".

Digitized by Google

b) als relative Scheidungsgründe: (§ 1444) Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, verschuldet durch schwere Verletzung der ehelichen Pflichten oder ehrloses bez. unsittliches Verhalten.

Mit anderen Worten: ein Recht, die Ehescheidung zu verlangen, soll nur in den sub a gedachten Fällen anerkannt werden, nicht in den Fällen sub b.

Ueberdies hat es aber noch eine besondere Bewandtniß mit dem Ehescheidungsgrunde des § 1443.

Liegt nämlich bösliche Verlassung im vulgären Sinne vor, so kann in der Regel[1]) nicht auf Ehescheidung, sondern nur auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft geklagt werden.

Das Recht, auf Ehescheidung zu klagen, tritt erst ein, wenn nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft ein Jahr lang die bösliche Verlassung fortgesetzt worden ist.

Erst wenn dieser Thatbestand vorliegt, ist nach § 1443 Abs. 2 „bösliche Verlassung", im Sinne des Entwurfs, anzunehmen, — und nur in diesem rein technischen, der Wirklichkeit und dem bisherigen Sprachgebrauche nicht entsprechenden Sinne wird im Abs. 1 gesagt: die Scheidung kann verlangt werden, wenn ein Ehegatte den andren „böslich verlassen hat".

Was sodann die sogen. relativen Scheidungsgründe des § 1444 betrifft, so sind dieselben zunächst nicht, wie die absoluten, im Einzelnen nach objectiven Merkmalen, sondern sie sind nur im Allgemeinen durch ein Princip bezeichnet: daß nämlich schwere Verletzung der Ehepflichten oder ehrloses bezw. unsittliches Verhalten vorausgesetzt wird.

Weiterhin aber sind diese Scheidungsgründe relativ in doppelter Beziehung.

Einmal muß zu der Verschuldung hinzukommen, daß durch sie eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verursacht ist, daß dem Unschuldigen die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann.

Sodann aber kann auf Grund solcher Zerrüttung sofortige Scheidung in der Regel nicht verlangt werden; es müßte denn nach den Umständen des Falles die Aussicht auf Herstellung des ehelichen Verhältnisses ausgeschlossen sein.

[1]) Eine Ausnahme ist in § 1443 Abs. 3 gemacht für den Fall unbekannter Abwesenheit, falls der böslich Abwesende nur öffentlich geladen werden kann, und dieser Zustand mindestens ein Jahr lang fortgedauert hat.

Digitized by Google

Abgesehen von diesem Ausnahmefalle ist der Unschuldige — nicht Scheidung des Ehebandes, sondern — nur zeitweise Trennung von Tisch und Bette zu fordern berechtigt.

Nach Ablauf der — auf höchstens zwei Jahr festzusetzenden — Trennungszeit kann dann nach § 1445 allerdings auf Grund des Trennungs-Urtheils die Scheidung vom Bande verlangt werden. Dazu bedarf es aber einer neu anzustellenden Klage.

Der Anspruch auf Scheidung findet also aus §§ 1444, 1445 in der Regel nur als Judicatklage statt, und er ist ferner nach §§ 1446, 1447 ein negativ bedingter, nämlich bedingt durch Nichtverurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und durch Nichtverzeihung.

Ihre volle Bedeutung erhalten übrigens diese Vorschriften erst im Zusammenhange mit folgenden Umständen:

a) der Beseitigung des landesherrlichen Ehescheidungsrechts, welches bisher in einer Reihe von Territorien zur Aushülfe diente. Von demselben wird in § II am Ende die Rede sein.

b) der Beschränkung der Klagebefugniß auf eine sechsmonatliche Frist vom Zeitpunkte der erlangten Kenntniß § 1447.

c) dem inquisitorischen Charakter des Verfahrens in Ehesachen, welches sich nach der C.P.O. im Wesentlichen als ein die Disposition der Parteien ausschließendes Offizialverfahren charakterisirt.[2])

Grundlage der Ehescheidungsbestimmungen des Entwurfs war der Beschluß der Commission:

> allein die einseitige Verschuldung eines Ehetheils als die Ehescheidung rechtfertigend anzuerkennen und demgemäß die Scheidungsgründe, welche auf Willkür oder Unglück beruhen, zu beseitigen.

Dieser Beschluß ist schon vor Veröffentlichung des Entwurfs von einer gewissen Seite[3]) freudig begrüßt worden: „als ein wichtiges Zeugniß des sittlich vertieften Rechtsbewußtseins unseres Volkes".

Allein dieser Ausspruch ist nicht ohne Weiteres verständlich, da im Allgemeinen zwar das Rechtsbewußtsein innerhalb gewisser Grenzen Be-

---

[2]) Namentlich ist, um den zwingenden Charakter des Eherechts zu schützen, die Verhandlungsmaxime in § 577 C.P.O. beschränkt. Darin will der Entwurf noch weiter gehen. Vgl. die Zusätze zu den Bestimmungen über Ungültigkeit der Ehe § 1250 ff. Mot. I S. 18. Einf.-Ges. nebst Mot. S. 81 f.

[3]) S. R. W. Dove s. v. Scheidungsrecht, evangelisches in Herzogs Real-encyclopädie Bd. 13 (1884) S. 506.

Digitized by Google

strafung des Schuldigen fordern mag, diese Bestrafung aber keineswegs Gegenstand und Inhalt des Rechts des Nichtschuldigen, vielmehr von demselben unabhängig ist, dem Nichtschuldigen zu seinem Rechte nicht verhilft, geschweige dieses Recht erschöpft.

Bei einigermaßen fortgeschrittener Culturentwickelung streift ja bekanntlich das Privatrecht den privatstrafrechtlichen Charakter ab; seine Entwickelung ist neben derjenigen des öffentlichen Strafrechts eine ganz selbständige und muß es sein, weil beide auf wesentlich verschiedenen Grundlagen beruhen, nämlich das Privatrecht auf der gesellschaftlich anerkannten Selbstbestimmung des Einzelnen, das Strafrecht auf Nothwehr der Gesellschaft gegenüber dem Einzelnen.

Das Material, welches die Verfasser des Entwurfes selbst in den gedruckten Motiven Bd. IV. S. 562 ff. zu dessen Rechtfertigung vorbringen, zerfällt im Wesentlichen in

1. allgemeine Betrachtungen und
2. historische Anknüpfungspunkte.

In letzterer Beziehung wird hervorgehoben, daß der Entwurf

a) wesentlich übereinstimme mit der in der neueren Praxis vorwiegend vertretenen Auffassung des gemeinen protestantischen Eherechts und

b) eine Fortentwickelung enthalte der den Preußischen Entwürfen über die Reform des landrechtlichen Ehescheidungsrechts aus den Jahren 1844, 1854, 1856, 1859, 1860 zu Grunde liegenden Principien.

Die Bedeutung dieser historischen Anknüpfungspunkte bedarf näherer Prüfung, welche in §§ II und III erfolgen soll.

Dort werden wir untersuchen, was diese historische Anknüpfung zu bedeuten hat, und ob sie als gerechtfertigt oder als verfehlt zu betrachten ist.

An dieser Stelle wenden wir unsere Aufmerksamkeit den allgemeinen Betrachtungen zu.[4])

Der Entwurf geht davon aus: daß für eine strengere Gestaltung des Ehescheidungsrechts nicht etwa nur vom religiösen, sondern auch vom staatlichen Standpunkte aus die gewichtigsten Gründe sprechen.

---

[4]) Die besondere Rechtfertigung der Motive für das System der relativen Scheidungsgründe (S. 572 ff.) sowie dafür, daß eine Reihe von bisher gemeinrechtlich bez. particularrechtlich anerkannten Scheidungsgründen theils ganz fortfallen, theils in der Relativgruppe verschwinden sollen (S. 567 ff, 575 ff.), kommt — um Wiederholung zu vermeiden — erst in § IV zur Erledigung.

Digitized by Google

Der Staat habe ein dringendes Interesse, darauf hinzuwirken, daß die Ehe als die Grundlage der Gesittung und der Bildung so sei, wie sie sein solle. Dies geschehe durch Erschwerung der Ehescheidung.

Auf die Frage, in welcher Richtung die Erschwerung stattzufinden habe, erfolgt S. 567 die Antwort: es sei anknüpfend an das gemeine Eherecht und die preußischen Reformentwürfe von 1844 bis 1860 vom Principe der Verschuldung auszugehen.

> „Jede Scheidung aus Willkür, insbesondere auch die Scheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung der Ehegatten, ferner die Scheidung wegen zufälliger Umstände, namentlich wegen körperlicher Gebrechen und wegen Geisteskrankheit, sowie die Scheidung wegen Religionswechsels ist ausgeschlossen.
>
> Für diesen Standpunkt des Entwurfs sprechen die oben (S. 563 ff.) hervorgehobenen, dem Wesen der Ehe und der Natur derselben als eines Rechtsverhältnisses entnommenen allgemeinen Gesichtspunkte."

Die Motive entlehnen hier von v. Savigny[5]) die Eintheilung der Scheidungsveranlassungen in die drei Kategorieen 1. Willkür, 2. Verschuldung, 3. Zufall,[6]) welche den preußischen Reformentwürfen zu Grunde gelegte Eintheilung auf den ersten Blick vielleicht Manchen bestechen mag, bei näherer Prüfung jedoch (unten § IV) sich als schief und irreführend herausstellen wird.

a) Ihrem Begriffe und Wesen nach ist die Ehe unauflöslich, die Scheidung stets etwas Anomales (Mot. S. 563).

Sie ist ferner — der christlichen Gesammtanschauung des deutschen Volkes entsprechend — als eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige, sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen, innerhalb welcher die Ehescheidung zwar nicht absolut unzulässig, vielmehr unentbehrlich, sicher aber nicht zu begünstigen ist.

Andererseits ist aber auch

b) der Charakter der Ehe als eines Rechtsverhältnisses[7]) nicht außer Acht zu lassen. Aus demselben wird S. 562 gefolgert:

---

[5]) Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform. Ohne Namen. Berlin in Commiss. bei Veit & Co. 1844. Wieder abgedruckt in v. Savigny, Vermischte Schriften Bd. 5 (1850) S. 222 ff.

[6]) v. Savigny, Vermischte Schriften Bd. 5 S. 257.

[7]) Kloeppel, Beiträge zur Erl. und Würdigung des Entw. in Rassow-Küntzel, Beiträge 33 S. 70 f., eifert gegen die unwürdige naturrechtliche Auffassung

Digitized by Google

daß der Staat die Auflösung der Ehe gestatten muß, wenn „ihre sittlichen Grundlagen zerstört, die Voraussetzungen dieser innigsten Lebensgemeinschaft gänzlich geschwunden sind, die Ehe als segenbringend und veredelnd nicht mehr gedacht, auch vom Standpunkte der Gerechtigkeit aus dem die Auflösung der Ehe verlangenden Ehegatten deren Fortsetzung nicht mehr zugemuthet werden kann; — ferner S. 563 f.

daß keinem Ehegatten „die einseitige, willkürliche Auflösung der Ehe gestattet werden darf, und daß demjenigen Ehegatten das Recht der Scheidung zu versagen ist, welcher zur Begründung der Behauptung, daß die Ehe eine zerrüttete sei, auf sein schuldvolles Verhalten sich berufen wollte."

Da diese Rechtfertigung den Motiven zu einem bürgerlichen Gesetzbuch entnommen ist, so wäre es anscheinend überflüssig, erst noch besonders zu betonen, daß ihre Beurtheilung auf keiner anderen Grundlage, als derjenigen des bürgerlichen Rechts, mit Erfolg unternommen werden kann.

In Wirklichkeit ist aber dieser Gesichtspunkt von entscheidender Wichtigkeit gerade für das Eherecht um deshalb, weil wir uns hier auf einem Grenzgebiete befinden, auf welchem seit einer Reihe von Jahrhunderten Staat und Kirche im Gemenge gelegen haben, welches der Staat in neuester Zeit zwar für sich erobert, auf dem er seine Position aber noch keineswegs genügend befestigt hat.

In solcher Lage ist es selbstverständlich, daß bei jeder Erwägung de lege ferenda sich das Streben bemerkbar macht, kirchlicherseits das verlorene Gebiet wenigstens theilweise zurückzuerobern, mindestens aber die Staatsgewalt glauben zu machen, daß das Heil außerhalb des religiös-dogmatischen Ideenkreises nun und nimmermehr zu finden sei.

Dem gegenüber ist es die Aufgabe der Staatsgewalt, kraft ihrer Unveräußerlichkeit, unter Zurückweisung aller kirchlichen Beeinflussung, das

---

der Ehe als eines Vertragsverhältnisses und sucht auszuführen, daß die Ehe nicht einmal ein Rechtsverhältniß sei; jedenfalls kein Rechtsgeschäft, denn der Begriff des Rechtsgeschäft gehöre allein in das Vermögensrecht. „Die sittliche Gesinnung desjenigen würde eine verwerfliche sein, welcher im Stande wäre, im Augenblicke der Eingehung der Ehe seine Absicht auf die rechtlichen Erfolge gerichtet zu haben." — Dies beweist gar nichts. Für den Staat als Gesetzgeber ist die Ehe ein Vertrag und ein Rechtsverhältniß — so gut wie für den Naturforscher der Mensch ein Säugethier. Was sie außerdem noch für den Theologen, den Philosophen, den Mystiker sein mag, kommt hier nicht in Betracht.

Digitized by Google

Eherecht in formeller sowohl als materieller Beziehung ausschließlich nach rechtlichen und politischen Gesichtspunkten zu ordnen.

Der Staat, als selbständige Ordnung Gottes, ist lediglich für diese Welt und von dieser Welt. Sein Zweck kann kein anderer sein, als das Wohl und Gedeihen der Gesellschaft; denn für diesen Zweck hat die Gesellschaft im Staate sich organisirt.[8])

Im scharfen Gegensatze zu dem absoluten Charakter der auf göttlicher Offenbarung beruhenden christlich theologischen Ethik giebt es für die Sittlichkeit im Staate und für das sittliche Urtheil über die von ihm aufgestellten Normen keinen anderen Maßstab als den des gesellschaftlich Zweckmäßigen.[9])

Darüber also, ob das Eherecht so oder so gestaltet sein soll, ob Scheidung überhaupt nicht, oder ob sie in diesen oder jenen Fällen zuzulassen, möglichst zu erschweren oder zu erleichtern sei, entscheidet weder ein absolutes Dogma noch ein unbestimmtes Vollkommenheitsideal, sondern einzig und allein der geschichtlich gegebene zeitige Zustand der in Frage stehenden Staatsgesellschaft.

Die innerhalb dieses Zustands zweckentsprechenden Normen sind für ihn ebensowohl recht als sittlich.[10])

Auf dieser Grundlage muß sich von selbst ergeben, was von der oben wiedergegebenen Rechtfertigung des Entwurfs in den Motiven zu halten ist.

a) Es wird behauptet, die Ehe sei ihrem Wesen nach unauflöslich, so daß die Scheidung stets etwas Anomales sei. Die Geschichte beweist aber im Gegentheil, daß Selbstscheidung der Ehe im Leben der Völker die allgemeine Herrschaft hatte, daß der mit dem Unauflöslichkeitsdogma gemachte Versuch der katholischen Kirche — wiewohl erst nach Jahrhunderte langem Kampfe und auch dann nur unvollkommen durchgeführt[11]) — für die Gesellschaft die unheilvollsten Folgen gehabt hat, und daß eben dadurch dem Staat die Wege geebnet wurden, als

---

[8]) Ihering, Der Zweck im Rechte 2. Aufl. Bd. 1 S. 463 ff, Bd. 2 S. 103 ff, 156 ff.

[9]) Ihering a. a. O. Bd. 2 S. 212 f. Gesellschaftlich nützlich ist nur, was dauernd nützlich ist und dem Ganzen frommt, sittlich nur das gesellschaftlich Nützliche in diesem Sinne.

[10]) Was im Einzelnen als schädlich und unsittlich gilt, bestimmt sich verschieden nach den wechselnden ethischen Anschauungen und den jeweiligen wirthschaftlichen Bedürfnissen der Völker und Zeiten. Dernburg, Pr. Pr.R. Bd. 1 S. 175.

[11]) S. unten § II 3 S. 138 ff. (Katholisches Kirchenrecht).

Digitized by Google

er die Aufgabe übernahm, der Gesellschaft als Entgelt für das Verbot der Selbsthülfe (Selbstscheidung)[12]) ein bürgerliches Ehescheidungsrecht, dem Gesellschaftszwecke entsprechend, zu normiren.

Man muß, um obiges Argument der Motive überhaupt richtig zu verstehen, das Gebiet des bürgerlichen Rechts verlassend sich auf das religiös kirchliche Gebiet begeben.

Die Verlobten beabsichtigen, die Ehe mit einander einzugehn.

Der Staat fragt sie durch sein Organ, ob dies ihr Wille ist?

Bejahen sie es, so erklärt er sie für rechtmäßig verbundene Eheleute.[13])

Nicht so die Kirche. Einstmals wurde Christus, der Herr, zur Zeit des willkürlichen Selbstscheidungsrechts der Männer gegen ihre Frauen von den Pharisäern befragt:

> Ist es auch recht, daß ein Mensch sich scheide von seinem Weibe um irgend einer Ursach?

Darauf antwortete er und sprach:

> Sie sind ein Fleisch. Was Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden.[14])

Aus dieser Mißbilligung willkürlicher Selbstscheidung des Mannes hat aber geschichtlich die Hierarchie der christlichen Kirche ganz etwas Anderes gemacht.

Sie fand, daß der Staat als eine menschliche Ordnung dieser sündigen Welt selbst nur in unbedingter Unterordnung unter die Heilsanstalt der Kirche Erleuchtung finden kann.[15]) Als eine bloß menschliche Einrichtung hat der Staat ebenso wenig wie „der Mensch" ein Scheidungsrecht.

Auf Grund dieser Anschauung pflegt denn auch die kirchliche Trauungsformel derartig eingerichtet zu sein, daß die Möglichkeit der Eheschließung, bez. nach Einführung der Civilehe wenigstens der

---

[12]) Die Herstellung der Rechtsordnung beruht darauf, daß der Eigenmacht die natürlichen Machtmittel genommen werden, und dafür vollkommener, zugleich mit dem Gemeinwohl verträglicher Ersatz geliefert wird. Die Selbsthülfe soll ersetzt und überflüssig gemacht werden durch Selbstschutz vermittelst der vom Rechte zum Ersatze gebotenen Mittel. — Aufgabe und Wesen der Staatsgewalt ist es, diese rechtliche Ordnung zur Förderung des Gemeinwohls durchzuführen und aufrecht zu erhalten. Kloeppel, Staat und Gesellschaft, S. 278, 281.

[13]) S. das Ges. über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 § 52.

[14]) Evang. Matth. Cap. 19 V. 3 bis 6.

[15]) Friedberg, Grenzen zwischen Staat und Kirche Bd. 1 S. 36.

Digitized by Google

Segen der Kirche für den geschlossenen Bund[16]) von den Verlobten, sie mögen wollen oder nicht, erkauft werden muß durch ein an feierlicher Stätte dem Allgütigen selbst gegebenes Versprechen: „die Ehe zu halten, bis der Tod sie scheidet".

Ein derartiges Versprechen zu fordern, mag eine Kirche als Heilsanstalt für die Ewigkeit berechtigt und verpflichtet sein, und zwar um so unbedenklicher, als in ihrem Munde solches Versprechen über die Bedeutung eines idealen „religiösen Soll" nicht hinausgehen darf oder sollte.

Der Staat aber als bürgerliche Zwangsanstalt kann, sobald er zum Selbstbewußtsein herangereift, seinen Zweck und seine Verantwortlichkeit zu erkennen beginnt, ein solches Versprechen weder fordern, noch dulden, daß es in seinem Namen von Andern als die Eheschließung bedingend gefordert werde.

Die Gründe sind folgende: Die Erfahrung lehrt, daß nicht selten bei Lebzeiten der Gatten sich die Ehezwecke als derart vereitelt herausstellen, daß nur noch die äußere Schale übrig bleibt; ja daß der Segen sich in Unsegen, die Liebe in Haß, das Glück in Qual verwandelt. Unter solchen Umständen die Ehe durch äußeren Zwang aufrecht erhalten wollen, wäre unsittlich, weil gesellschaftlich nutzlos oder vielmehr gefährlich. — Denn jeder durch den Staatszweck nicht gebotene Zwang läßt mit unerbittlicher Naturgewalt die Selbsthülfe wieder in ihr Recht treten.

Was aber Selbsthülfe auf dem Ehegebiet zu besagen hat, das lehren die Erfahrungen in den Ländern der untrennbaren Ehe. Dazu kommt, daß das den Staatszweck bildende Gesellschaftswohl auf der Gesundheit und ungehinderten Entwickelung des Familienlebens im Einzelnen beruht, also unverträglich ist mit Aufrechterhaltung eines Ehezwanges unter Umständen, welche dem wirthschaftlichen Fortkommen der Gatten und der Erfüllung der Ehepflichten Hindernisse bereiten, die für den Durchschnittsmenschen, für welchen man die Gesetze giebt, unüberwindlich sind.

Aus diesen Gründen würde sogar ein freiwillig gegebenes Versprechen, die Ehe, bis der Tod sie scheidet, schlechthin zu halten, — mit

---

[16]) S. die Trauformulare in Verfg. des Evangl. Ober-Kirchenraths über kirchliche Trauungen pp. v. 21. Sept. 1874. (Richter, die Kirchengemeinde- und Synodalordnung. 5. Aufl. Berlin 1877, bei Kortkampf, S. 162 f.) Ebenso frühere Agenden: „Ob du sie (ihn) lieben willst in Leid und Freude, bis daß der Tod Euch scheide? Was Gott zusammenfügt, das soll der Mensch nicht scheiden. So spreche ich Sie hiermit ehelich zusammen" pp. — Vergl. unten § IV gegen Ende.

Digitized by Google

andern Worten, im Voraus ausgesprochener Verzicht auf Scheidung für alle Fälle, oder aus diesem oder jenem gesetzlich anerkannten Scheidungsgrunde, nach bürgerlichem Recht unverbindlich, vor dem weltlichen Richter null und nichtig sein,[17]) ganz ebenso wie andere Willenserklärungen, welche das bürgerlich zulässige Maß der Selbstbeschränkung überschreiten.[18])

Findet sich also trotzdem in einem bürgerlichen Gesetzbuch etwa die Ehe definirt als ein auf Lebenszeit unauflöslicher Vertrag, so darf dies als ein sicheres Erkennungszeichen gelten dafür, daß sich dieser Staat noch im Zustande der Unterthänigkeit oder doch der Unselbständigkeit und Unreife einer Staatskirche gegenüber befindet.[19])

Die Motive S. 562 behaupten ferner: nach der christlichen Gesammtanschauung des deutschen Volkes sei die Ehe als eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen.

Dies ist unzweifelhaft richtig mit dem Vorbehalte, daß man das maßgebende Volksgewissen[20]) wohl kaum als ein specifisch christliches wird bezeichnen dürfen, weil gerade hinsichtlich der Ehescheidung die christlichen Kirchenlehren so sehr auseinandergehen.

In jedem Falle ist aber der Staatszweck allein ausschlaggebend für die Frage, wie das Rechtsverhältniß der Ehe diesem Zwecke gemäß zu ordnen ist. Diese Ordnung erfolgt unabhängig von dem Einzelwillen in doppelter Beziehung: insofern nämlich sowohl der wesentliche Inhalt des Eheverhältnisses als die Geltung der dafür

---

[17]) Nichtigkeit des vertragsmäßigen Verzichts auf Ehescheidungsklage anerkannt in dem Urteil des O.A.G. zu Darmstadt vom 24. Juni 1864, Seuff. Archiv Bd. 18 No. 126.

[18]) S. z. B. Allg. Pr. Ld. R. I Tit. 4 §§ 9—13 betr. Erklärungen, durch welche sich Jemand zur Ehelosigkeit, Sclaverei, Privatgefangenschaft verpflichtet oder seine Gewissensfreiheit beschränkt. — Unsittlichkeit von Verträgen, durch welche die wirthschaftliche Selbständigkeit übermäßig beschränkt wird, O.H.G.E. Bd. 18 S. 101 ff., Seuff. Arch. Bd. 17 No. 200, Bd. 26 No. 19. Selbstentmündigung R.G.E. Bd. 4 S. 162 f.

[19]) S. z. B. den Codige civil der Republik Chile v. 14. December 1855 art. 102. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre i una mujer se unen actual e indisolublemente, i por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, i de auxiliarse mutuamente. — Art. 103. Toca a la auctoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraido.

[20]) Was sittlich oder unsittlich ist, muß nach dem heutigen Volksgewissen und der jetzigen Volksüberzeugung beurteilt werden. Dernburg, Pand. Bd. 3 S. 259.

Digitized by Google

aufgestellten Normen ein für allemal feststehen. Andrerseits ist diese Ordnung keineswegs unabhängig von dem Willen der Ehegatten, da ja die meisten sie betreffenden Störungen, z. B. Ehebruch und bösliche Verlassung, auf diesem Willen beruhen. Auch kann diese Ordnung — weil auf irdisches Wohlergehen der Gesellschaft berechnet — nicht anders als „mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens und die realen Verhältnisse" erfolgen.

Der Gesetzgeber hat sich also bei jedem Schritte zu fragen, was dem an diese Bedürfnisse und Verhältnisse gebundenen Willen des Durchschnittsmenschen ohne Schaden für ihn, für die Familie und für das Ganze, namentlich ohne Gefahr der Selbsthülfe zugemuthet werden kann; welcher Werth also namentlich auch den hierauf bezüglichen Willensäußerungen beizumessen ist.

Denn daß die bestehenden Ehen so seien, wie sie sein sollen, ist ohne Zweifel dringendes Staatsinteresse. Die Frage ist jedoch, wie es mit denjenigen Ehen, welche das Gegentheil sind, gehalten werden soll.

b) Die Motive wollen zwar auch den Charakter der Ehe als Rechtsverhältniß nicht außer Acht lassen, beschränken sich aber nach dieser Richtung hin auf die negativen Folgesätze: daß die Ehescheidung einerseits nicht für schlechthin unzulässig erklärt, andrerseits aus bloßer einseitiger Willkür oder gar auf Grund eigenen Verschuldens nicht gestattet werden dürfe.

Allerdings wird (S. 563) auch in Betracht gezogen, daß der Staat verpflichtet ist, die Ehegatten gegen einander zu schützen, und

> daß in der Ehe der Rechtsschutz in wirksamer Weise nur durch das Recht der Scheidung gewährt werden könne. Denn hier könne die Erfüllung der ehelichen Pflichten und die Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes durch äußeren Zwang theils überhaupt nicht, theils nur unvollkommen in einer bloß äußerlichen Weise erreicht werden.

Diese an sich werthvolle Andeutung wird aber freilich in den Motiven nicht weiter verfolgt, da bei tieferem Eingehen auf den Rechtscharakter der Ehe die Aufgabe verfehlt worden wäre, die Beschränkung des Scheidungsrechts auf eine actio ex delicto zu rechtfertigen.

Offenbar ist es nämlich — abgesehen von der staatlichen Zweckmäßigkeit — mit dem von den Motiven selbst betonten Standpunkte der Gerechtigkeit nicht wohl verträglich, den Rechtsschutz auf den Fall schuldhafter Pflichtverletzung zu beschränken.[21])

[21]) Indem die Mot. S. 562 sich gegen das Institut der beständigen Tren-

Digitized by Google

Der Staat gewährt innerhalb der verschiedenen Rechtsverhältnisse des Privatrechts einen *den praktischen Zwecken* derselben entsprechenden Rechtsschutz durch die mannigfaltigsten Mittel, welche für die von der Rechtsordnung verpönte Selbsthülfe Ersatz bieten sollen.

In *erster* Linie steht der Erfüllungszwang, in *zweiter* Linie folgen die Entschädigungs- und Interessenansprüche; in *letzter* Linie die Rücktrittsrechte, welche den Zweck als auf dem eingeschlagenen Wege unerreichbar, resp. als verfehlt oder vereitelt anerkennend, den Rückzug antreten, um entweder einen früheren Zustand wiederherzustellen oder dem auf die Dauer berechnet gewesenen, aber nunmehr zweck- und inhaltlos gewordenen Rechtsverhältnisse nicht auch noch die Zukunft nutzlos aufzuopfern.

Diese Rücktrittsrechte nun, welche, soweit die Verhältnisse des Vermögensrechtes reichen, lediglich *als letzter Nothbehelf* auftreten, sind bei dem *ehelichen* Rechtsverhältnisse wegen Unausführbarkeit des Erfüllungszwanges[22]) und Unschätzbarkeit der auf dem Spiele stehenden Interessen das *einzige Aequivalent*, welches für das Selbsthülfeverbot gewährt werden *kann*, — eben deshalb aber auch in genügendem Maße gewährt werden *muß*, wenn man damit Ernst macht, die auf diesem Gebiete denkbaren, höchst gefährlichen und hier nicht erst auszumalenden Arten der Selbsthülfe nicht bloß formell und äußerlich, sondern in Wirklichkeit zu unterdrücken; was nur dadurch geschieht, daß ihnen durch eine den wirklichen Zuständen entsprechende Gesetzgebung die Entschuldigung obwaltenden Nothstandes und mit dem Gesetz collidirender Pflichten gegen sich selbst und die Familie entzogen wird.

Nachdem man im Eherechte die Versuche, Erfüllung processualisch zu erzwingen, längst vollständig aufgegeben, bleibt als Rechtsschutzmittel

---

nung von Tisch und Bette erklären, heben sie mit Recht hervor, die durch dasselbe offen gehaltene Möglichkeit der Wiedervereinigung werde „*weit überwogen durch die Nachtheile und die Gefahren, welche das Verbot der Wiederverheirathung für den Hausstand, die Nahrungsverhältnisse, die Erziehung der Kinder und für die Sittlichkeit mit sich bringt*". — Dies gilt erst recht bei gänzlicher Nichtanerkennung des Scheidungsanspruchs; annähernd auch von der in § 1444 als Regel aufgestellten *zeitweiligen* Trennung. —

[22]) Es war eine rohere und äußerlichere Auffassung der Ehe, welche namentlich noch im 18. Jahrhundert an der Anwendung des Erfüllungszwanges keinen Anstoß nahm. Man setzte denselben ins Werk durch Zwangscopulation, Forderung einer cautio sufficiens de non amplius offendendo, Strafbefehle, Geldstrafen, Gefängniß (unter Umständen bei Wasser und Brot) und dergl. Es ist gerade der Fortschritt zu einer weniger rohen, innerlicheren Auffassung der Ehe, welche den Zwang als unsittlich verschmähend nichts als den Scheidungsanspruch an seine Stelle setzen kann.

Digitized by Google

nur das Recht auf Scheidung übrig, nicht nur — abweichend von anderen Rechtsverhältnissen — wegen absichtlicher oder verschuldeter Erfüllungsweigerung oder sonst erheblicher Rechtsverletzung an Stelle der Erfüllungs- und Interessenansprüche; sondern vor Allem gerade auch, — übereinstimmend mit den allgemeinsten Rechtsgrundsätzen und der Zwecknatur des Rechts überhaupt — wegen unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung und sonstiger Vereitelung des Zweckes.

Allerdings könnte man auf die Idee kommen, auch im Eherecht das Erfüllungs-Interesse von Staatswegen auf einem Umwege wenigstens einigermaßen wahrnehmen zu wollen durch gesetzliche Beschränkungen der Eheschließung, indem man dieselbe vom Nachweise genügenden Vermögens und anderer die Erreichung der Ehezwecke einigermaßen garantirender physischer und moralischer Eigenschaften, also von einer Art Concession abhängig machte.[23])

Wäre es möglich, auf diesem indirecten Wege gesetzgeberisch die Ehen durchschnittlich dem, was sie sein sollen, mehr anzunähern, so hätte man damit allerdings einigen Ersatz für den nicht practicablen Erfüllungszwang gewonnen, nämlich die erhöhte Wahrscheinlichkeit freiwilliger Erfüllung.

Immerhin würde auch bei so concessionirten Ehen eine Berechtigung nicht gegeben sein, beim Eintritte nicht vorherzusehender und unverschuldeter Ereignisse, welche den Ehezweck vereiteln, den Rücktritt zu versagen.

Thatsächlich hat sich nun aber die staatliche Gesetzgebung dahin entwickelt, daß auf derartige Beschränkungen der Eheschließung vollständig verzichtet wird, die gesetzliche Sicherung der Erfüllung des Ehezwecks also

---

[23]) Bei den Commissionsberathungen des preuß. Abgeordnetenhauses über den Entwurf eines Gesetzes über Ehescheidungen v. 1. Dezember 1856 führte die Minorität aus: das größte Uebel liege in der leichtsinnigen Eheschließung. Hierin hätten die meisten unglücklichen Ehen und große sociale Uebel vornehmlich ihren Grund. Vor allen Dingen sei daher ein Gesetz nöthig, durch welches den leichtsinnigen Eheschließungen wirksam entgegengetreten werde. Dies in Vorschlag zu bringen, sei Aufgabe der Staatsregierung. Eine Beschränkung der Scheidungsgründe bestehender Ehen werde die Eingehung leichtsinniger nicht hindern, vielmehr die Mißstände durch Erschwerung der Wiederauflösung nur vergrößern. Die Majorität bezweifelte, ob die Regierung sich im Stande fühlen sollte, ein Gesetz wie gewünscht, in Vorschlag zu bringen ohne Verletzung anderer Staatsinteressen und ungerechtfertigte Eingriffe in das freie Dispositionsrecht der Staatsangehörigen über ihre Person; sie hoffte dagegen, daß durch Erschwerung der Scheidungen die leichtsinnige Eingehung werde vermindert werden. S. Verhandl. über den Entw. des Ehesch.-Ges. Berlin 1857. S. 37, 39.

Digitized by Google

von vorn herein eine minimale ist. Der Staat erkennt es nicht als seine Aufgabe, oder doch nicht als ohne überwiegende Nachtheile gesetzgeberisch durchführbar, vermittelst Beschränkungen der Eheschließung eine wenn auch noch so unvollkommene Garantie für das Zustandekommen normaler Ehen oder doch wenigstens erträglicher Durchschnittsehen zu geben.

Man hat sich wohl überzeugt, daß staatlicherseits der Entschluß, dieses wichtigste aller Rechtsverhältnisse einzugehen, der Selbstverantwortlichkeit, dem Gewissen und der Intelligenz der Einzelnen überlassen werden müsse im Vertrauen auf die wohlthätigen Einflüsse der Erziehung, der Familie und des guten Beispiels der Genossen.

Hier eröffnet sich denn auch in der Sorge dafür, daß ohne äußeren Zwang die Ehe gleichwohl mit tiefstem sittlichem Ernste eingegangen, mit treuester Gewissenhaftigkeit gehalten werde, für die religiöse Seelsorge und Unterweisung ein Feld der Thätigkeit, auf welchem ohne erhebliche Concurrenz des Staates die verschiedenen Kirchen eine segensreiche Wirksamkeit entfalten können.[24])

Soweit in Folge solcher Einwirkung mit der inneren Gesundheit des Familienlebens auch eine freiwillige Verminderung der Ehescheidungen von selbst eintritt, kann sie mit gutem Gewissen registrirt und allseitig freudig begrüßt werden.

Einstweilen ist es Thatsache, daß zwar nicht selten im Himmel geschlossene Ehen vorkommen,[25]) d. h. solche, welche ohne irgend ein

---

[24]) „Der Staat soll nicht der Kirche, die Kirche nicht dem Staate unterworfen sein; aber beide sollen in Freiheit sich dienen." Abg. Mathis in den Verhandlungen ꝛc. 1857 S. 225. „Es ist — sagt Friedberg, Grenzen S. 760 — ein fast unbestrittener Grundsatz des modernen Staatsrechts, daß man die Verschiedenheit der kirchlichen und staatlichen Lebenssphäre erkennen und sie von einander trennen müsse. Das künstliche Band, welches beide bisher umschlungen, und welches Wachsthum und Gedeihen bald des einen, bald der anderen zusammenschnürte und verkümmerte, soll gelöst werden und Staat und Kirche sich frei neben einander fortentwickeln".

[25]) Eine treffliche Darstellung des Zustandekommens solcher im Himmel geschlossenen Ehe giebt Berthold Auerbach im „Barfüßele". Und auch dort sagt der auf die Brautsuche reisende Bauernsohn, dem die Mutter kluge Unterweisungen mit auf den Weg giebt: „Ja Mutter, das machet Ihr mir zu schwer! eine Lotterie ist und bleibt es immer." — Der Vater aber hat nichts Eiligeres zu thun, als hinter dem Rücken der Beiden einen geldgierigen Heirathsvermittler in Betrieb zu setzen, und hätte dadurch beinahe Alles verdorben. — Gar nicht hierher gehört übrigens das in die kirchliche Trauformel übergegangene Bibelwort: „Was Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht

Digitized by Google

fremdartiges Motiv, lediglich aus einem — oft mit Naturgewalt wirkenden — Gefühle innerer Zusammengehörigkeit hervorgehen. Aber nicht minder lehrt die Erfahrung, daß auch in solchen Fällen der Glaube, von Gott für einander geschaffen zu sein, sich als Täuschung herausstellt, während umgekehrt solche Ehen, welche vom idealen Standpunkt aus weit weniger zu versprechen scheinen, sich mit der Zeit als vortrefflich bewähren, weil beiderseits genügender Fonds von Verträglichkeit, Tüchtigkeit und Verstand vorhanden ist, die Wurzeln und Zweige sich immer fester ineinander verschlingen. Es bedarf keiner Ausführung, wie nicht nur durch zufällige Begegnung zusammengeführte Ehegatten, sondern auch solche, welche von der Wichtigkeit dieses Geschäftes vollständig durchdrungen, mit höchster Besonnenheit und Vorsicht bei der Eheschließung zu Werke gehen, gleichwohl den Folgen menschlicher Kurzsichtigkeit und dem Eintritt unvorhergesehener Ereignisse unterworfen bleiben. — Ob eine rechte Ehe zu Stande kommt, muß die Zukunft lehren.[26])

Gerade in den solidesten Schichten der Bevölkerung, zumal im Bauernstande, herrscht der rein geschäftsmäßige Charakter der Eheschließung vor. Dem Bauern, — sagte ein Redner im Preußischen Abgeordnetenhause[27]) — ist die Ehe Verstandessache. „Sie ist ihm eine reine bürgerliche Einrichtung, die zu einer geordneten Führung seines Hauswesens, zur Sicherung der Familie und der Gemeinde erforderlich ist. Bei einer solchen Eheschließung wird viel mehr über Geld und Gut als über das Herz verhandelt. Es ist für den Bauern die Ehe eine Anstalt, das Vermögen zu vergrößern, eine tüchtige Wirthin in das Haus zu nehmen ohne Miethe und ohne die Gefahr des häufigen Wechsels. Die Heirathsstiftungen werden meist von bestimmten Personen gegen Entgelt zu Stande gebracht. — Ich will dabei nicht verkennen, daß der feste Kitt, der sich in der festen sittlichen Ordnung dieses bürgerlichen Lebens und in der Sorge für gemeinsame Vermehrung des Vermögens

---

scheiden." Dasselbe bezieht sich überhaupt nicht auf die thatsächlich bestehenden Ehen und deren Unterordnung unter das bürgerliche Recht, sondern auf die göttliche Einsetzung der Ehe als Schöpfungsakt im Allgemeinen gegenüber der allgemein gewordenen Sitte (oder Unsitte) der Privatscheidung „aus Zorn". —

[26]) Und wie häufig entscheiden Convenienz oder ein zufälliges Zusammentreffen; wie häufig auch ist thatsächlich die Auswahl höchst beschränkt und der „Mangel an Bekanntschaft" keine bloße Redensart.

[27]) Der Abgeord. Dr. Eckstein in den Verh. über den Ges.-Entw. das Eherecht betr. v. 1859 S. 267 f.; natürlich unterbrochen durch lautes Murren auf der (damaligen) Linken.

Digitized by Google

und des Erbes der Kinder findet, die Gatten inniger verbindet, als selbst der kirchliche Segen." —

Ferner ist nicht in Abrede zu stellen, daß in den großen Städten jährlich Tausende von Ehen geschlossen werden, welche für eine von sittlichem Ernste getragene innige Lebensgemeinschaft von vorn herein so gut als keine Garantie bieten; Ehen, welche in aller Form, oft auch mit kirchlicher Einsegnung, innerlich aber theils höchst leichtsinniger Weise, theils aus sogenannter Convenienz, theils aus frivolen oder sogar positiv unsittlichen Motiven eingegangen werden.

Verzichtet trotzdem aus guten Gründen die Gesetzgebung auf vorbeugendes Eingreifen bei Eingehung der Ehe, so entspricht es der Gerechtigkeit und Folgerichtigkeit, daß andererseits auch das bei diesem Rechtsverhältnisse seiner Eigenthümlichkeit nach einzig praktisch anwendbare Rechtsschutzmittel — der Rücktritt in Form der Scheidung — in ausreichendem Maße gewährt werde.

Ein entgegenstehendes Staatsinteresse kann nicht geltend gemacht werden; denn ein solches Interesse an der Aufrechterhaltung von Ehen, welche erweislich unsittlich, verfehlt und zerrüttet sind, giebt es nicht. Vielmehr besteht das Staatsinteresse lediglich darin:

1. einen thatsächlichen Gesellschaftszustand anzustreben, in welchem sich auf die allein dem Staatszweck entsprechende, allein ungefährliche und sittliche Weise, nämlich in Folge innerer Gesundheit des Ehe- und Familienlebens die Ehescheidungen von selbst vermindern; sodann

2. in einer Einrichtung des Proceßverfahrens, welche den Richter in den Stand setzt, sich von dem Vorhandensein der als Scheidungsgrund geltend gemachten Thatsachen unabhängig von dem guten Willen der Betheiligten Ueberzeugung zu verschaffen. Diesem letzteren Erforderniß ist durch das zur Zeit geltende Proceßverfahren Buch VI Abschn. 1 der D.C.P.O. (S. oben Anm. 2) vollständig genügt.

Würde man gleichzeitig — vielleicht einem religiösen Dogma oder der Idee einer idealen Sittlichkeit zu Liebe, — die Ehescheinung materiell in einer den thatsächlichen Verhältnissen nicht genügend Rechnung tragenden Weise beschränken, so würde naturgesetzlich eine sittliche und materielle Verschlechterung des Familienlebens durch hervorbrechende Selbsthülfe die unausbleibliche Folge sein.

So groß man sich schließlich auch die Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse des reinen Familienrechts,[28]) namentlich der Ehe von Rechts-

[28]) Nach Mot. Bd. I S. 22 sind „die reinen Familienrechte vorwiegend nur

Digitized by Google

verhältnissen des Vermögensrechts vorstellen mag, immerhin gilt für beide Kategorieen übereinstimmend der Grundsatz, daß die Zweckvereitelung den Rücktritt begründet, man also behufs zutreffender Normirung der Rücktrittsberechtigungen, von der durch den Vertragsinhalt gegebenen Zweckbestimmung ausgehen muß.

Wie also für Kauf, Miethe, Societät, Mandat sich entsprechende Rücktritts-, Kündigungs- und Widerrufsrechte aus der Zweckbestimmung dieser Institute von selbst ergeben, so kann auch eine sachgemäße Grundlage für die Normirung des Ehescheidungsrechts nur aus einer Uebersicht der gesetzlichen Fixirungen des Inhalts und Zweckes der Ehe als Rechtsverhältniß gefunden werden.

Wir begnügen uns für den vorliegenden Zweck mit Zusammenstellung der wesentlichen Bestimmungen des Allg. Preuß. Landrechts[29]),

---

die Kehrseite von Pflichten, die in der Sphäre der Sittlichkeit wurzelnd, zu Rechtspflichten erhoben sind." Dem entsprechend ist der Anspruch auf Scheidung die Kehrseite dessen, was das deutsche Volksgewissen, die deutsche Sitte von einem als rechte Ehe anzuerkennenden Verhältnisse verlangt.

[29]) S. Allg. Preuß. Ld.R. Th. II. Tit. 1. § 1. Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder. — § 2. Auch zur wechselseitigen Unterstützung allein kann eine gültige Ehe geschlossen werden.

§ 174. Eheleute sind schuldig, sich in allen Vorfallenheiten nach ihren Kräften wechselseitigen Beistand zu leisten. — § 175. Sie müssen vereint mit einander leben und dürfen ihre Verbindung eigenmächtig nicht aufheben. — § 176. Auch wegen Widerwärtigkeiten dürfen sie einander nicht verlassen. — § 177. Oeffentliche Geschäfte, dringende Privatangelegenheiten und Gesundheitsreisen entschuldigen die Abwesenheit. — § 178. Eheleute dürfen einander die eheliche Pflicht anhaltend nicht versagen. — § 179. Wenn deren Leistung der Gesundheit des einen oder des anderen Ehegatten nachtheilig sein würde, kann sie nicht gefordert werden. — § 180. Auch säugende Ehefrauen verweigern die Beiwohnung mit Recht. — § 181. Zur ehelichen Treue sind beide Ehegatten wechselseitig verpflichtet. — § 182. Die Verletzung derselben von Seiten des einen Ehegatten berechtigt den anderen nicht zu gleichen Vergehungen. — § 183. Auch Handlungen, welche den Verdacht einer solchen Verletzung erregen könnten, müssen vermieden werden.

§ 184. Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft, und sein Entschluß giebt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. — § 185. Er ist verbunden, seiner Frau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren. — § 188. Der Mann ist schuldig und befugt, die Person, die Ehre und das Vermögen seiner Frau in und außer Gerichten zu vertheidigen.

§ 192. Die Frau überkömmt durch eine Ehe zur rechten Hand den Namen des Mannes. — § 193. Sie nimmt Theil an den Rechten seines Standes, soweit dieselben nicht allein an seine Person gebunden sind. — § 194. Sie ist schuldig, dem Hauswesen des Mannes nach dessen Stande und Range vorzustehen. — § 195. Wider den Willen des Mannes darf sie für sich selbst kein besonderes Gewerbe treiben. —

Digitized by Google

des Sächsischen Bürgerl. Ges.-Buchs[30]), des Oesterreichischen Bürgl. Ges.-Buchs[31]) und des Landrechts für das Großherzogthum Baden[32]).

§ 196. Ohne des Mannes Einwilligung kann die Frau keine Verbindung eingehen, wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden.

[30]) S. Sächs. B.G.B. § 1630. Die Ehegatten sind sich gegenseitig zur Treue, zur Leistung der ehelichen Pflicht und zur Unterstützung verbunden. — § 1631. Der Ehemann ist berechtigt, von seiner Ehefrau Gehorsam, ingleichen Dienstleistungen zur Förderung seines Hauswesens und seines Gewerbes zu verlangen. — § 1632. Die Ehefrau erhält den Familiennamen des Ehemannes und nimmt an dem Stande desselben Theil. — § 1633. Der Ehemann hat seine Ehefrau in seine häusliche Gemeinschaft aufzunehmen, sie zu beschützen und ihr beizustehen. — § 1634. Der Ehemann ist verpflichtet, seine Ehefrau auf eine seinem Stande und seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Weise zu unterhalten, ihr bei Krankheiten die erforderliche Pflege und ärztliche Hülfe zu gewähren und die Kosten ihrer Beerdigung zu tragen, wenn sie vermögenslos stirbt. — § 1635. Die Kosten des gemeinschaftlichen Hauswesens hat der Ehemann zu tragen. — § 1636. Die Ehefrau ist verpflichtet, dem Ehemanne an seinen Wohnsitz zu folgen, soweit nicht eine ernstliche Gefahr für ihr Wohl, insbesondere für ihr Leben oder ihre Gesundheit, oder eine gegründete Besorgniß wegen des künftigen Unterhaltes eine Weigerung rechtfertigt. — § 1637. Ist der Ehemann verarmt und zur Erwerbung seines Unterhaltes unfähig, so hat die Ehefrau ihn zu ernähren, auch, wenn er stirbt, aus eigenen Mitteln beerdigen zu lassen.

[31]) S. Oesterr. B.G.B. I. Th. 2. Hauptstück. § 44. Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitigen Beistand zu leisten. — § 89. Die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten entstehen aus dem Zwecke ihrer Vereinigung, aus dem Gesetze und den geschlossenen Verabredungen. — § 90. Vor Allem haben beide Theile eine gleiche Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht, Treue und anständigen Begegnung. — § 91. Der Mann ist das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft steht ihm vorzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten; es liegt ihm aber auch die Verbindlichkeit ob, der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen und sie in allen Vorfällen zu vertreten. — § 92. Die Gattin erhält den Namen des Mannes und genießt die Rechte seines Standes. Sie ist verbunden, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, in der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beizustehen und soweit es die häusliche Ordnung erfordert, die von ihm getroffenen Maßregeln sowohl selbst zu befolgen, als befolgen zu machen.

[32]) Landr. für das Großherzth. Baden I. Buch 5. Tit. § 203. Die Ehegatten übernehmen mit einander schon dadurch allein, daß sie heirathen, die Verbindlichkeit, ihre Kinder zu ernähren, zu pflegen und zu erziehen. — § 213. Der Mann ist seiner Frau zu Schutz, und die Frau ihrem Manne zu Gehorsam verbunden. — § 214. Die Frau hat die Pflicht, bei dem Manne zu wohnen und ihm allenthalben hin zu folgen, wo er sich aufzuhalten für gut findet; der Mann ist schuldig, sie aufzunehmen und ihr Alles, was zum Lebensunterhalt erforderlich ist, nach seinem Stand und Vermögen zu reichen.

Digitized by Google

Als fester Kern der in diesen Codificationen enthaltenen, mehr oder weniger ausführlichen, im Einzelnen mannigfach nüancirten Vorschriften ergiebt sich der Inhalt des Eherechtsverhältnisses wie folgt:

I. Im Allgemeinen: Lebensgemeinschaft, eheliche Treue und eheliche Pflicht; Erzeugung und Erziehung der Kinder; wechselseitiger Beistand, Unterstützung und nöthigenfalls Alimentation.

II. Von Seiten des Mannes: Leitung des gemeinsamen Hauswesens unter Beistand der Frau, Bestreitung der Kosten desselben, Schutz, Vertretung und Vertheidigung, anständiger Unterhalt und anständige Behandlung für die Frau.

III. Von Seiten der Frau: Führung des Hauswesens unter Leitung des Mannes, Gehorsam, Folgeleistung und Unterstützung des Mannes in der gemeinsamen Haushaltung und im Erwerbe.

Wir werden sonach vorläufig — soweit uns die weitere Untersuchung nicht eines Besseren belehren wird — die Vereitelung der vorstehend skizzirten Ehezwecke als von dem bürgerlichen Gesetze anzuerkennenden Rücktrittsgrund betrachten dürfen.

Daneben werden für die Gestaltung im Einzelnen noch zwei Gesichtspunkte maßgebend sein: einerseits zwar, daß im reinen Familienrecht „der Gemeinwille dringende Veranlassung hat, sich mit besonderer Energie zu bethätigen" (Mot. Bd. I S. 22); andrerseits aber nicht minder, daß — wie oben ausführlich dargelegt — im Eherecht der Rücktritt nothgedrungen auch für den Erfüllungszwang und für Interessenforderungen eintreten und für sie, so gut es eben angeht, Ersatz gewähren muß.

Vollständig zurückzuweisen seitens des Gesetzgebers ist dagegen die kirchliche Forderung, daß die Ehe überhaupt nicht als ein irgend welchen Zwecken dienendes menschliches Verhältniß, sondern nur ganz abstrakt als objective Gottesordnung oder als Gottesdienst betrachtet werden dürfe.[33]) Diese Forderung ist vollständig haltlos, nicht etwa blos deß-

---

[33]) Es ist charakteristisch für den Entwurf, daß er die Bezeichnung von Zwecken der Ehe thunlichst vermeidet. Er beschränkt sich auf den Ausspruch in § 1272, daß die Ehegatten unter einander „zur ehelichen Lebensgemeinschaft" berechtigt und verpflichtet sind. (D. h. berechtigt, diesen Zustand zu verlangen, und verpflichtet, ihn herzustellen.) Ferner wird in § 1273 die Verpflichtung der Ehefrau festgestellt, den Entscheidungen des Mannes in Eheangelegenheiten Folge zu leisten, außer „wenn die Entscheidung sich als ein mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbarer Mißbrauch der Rechte des Ehemanns darstellt."

Digitized by Google

halb, weil der Gesetzgeber nicht für das Reich Gottes, sondern zur Ordnung thatsächlich bestehender Gesellschaftszustände berufen ist, sondern vor Allem, weil die Zwecke der Ehe den Inhalt jener Gottesordnung bilden, in welcher Beziehung es schließlich auf Eins herauskommt, ob die wesentlichen Zwecke aufgezählt werden, oder zusammenfassend die Ehe als Selbstzweck bezeichnet wird.

§ II. Gottes Wort und die Kirchen.

Wir hatten bisher nur gewisse allgemeine Gesichtspunkte ins Auge gefaßt, welche in den Motiven zur Rechtfertigung des principiellen Standpunkts des Entwurfs hervorgehoben waren, uns dagegen die Erörterung der historischen Anknüpfungspunkte des Entwurfs für später vorbehalten.

Indem wir nunmehr zu dieser Erörterung übergehen, darf schon im Voraus bemerkt werden, daß diese Erörterung deshalb von besonderer Wichtigkeit oder vielmehr für das Verständniß des Entwurfs geradezu unentbehrlich ist, weil die zu beurtheilenden §§ 1440 ff. des Entwurfs ihre Entstehung unzweifelhaft der Auffassung verdanken, daß durch sie eine unter allen Umständen herzustellende historische Continuität bestmöglichst erreicht werde.

Daß in der That diese (vermeintlichen) historischen Anknüpfungspunkte für die Redactoren ausschlaggebend gewesen sind, hat sich indirect schon in § I dadurch gezeigt, daß die sonstige Motivirung nur negative Resultate ergab, die positiven Resultate aber mit den Lehren des Entwurfs in Widerspruch gerathen, sobald von der historischen Anknüpfung abgesehen wird.

Den directen Beweis wird die folgende Darlegung ergeben.

Bei derselben haben wir es zunächst mit der Anknüpfung an die Praxis des gemeinen protestantischen Eherechts zu thun. Die Motive behaupten:

> daß der Entwurf mit der in der neueren Praxis dieses Eherechts vorwiegend vertretenen Auffassung im Wesentlichen übereinstimme.

Das Mißliche dieser Anknüpfung liegt von vornherein insofern auf der Hand, als in den verschiedenen Territorien des gemeinen Rechts

---

Vergl. hierzu die Kritik von Hinschius im Arch. für civ. Pr. Bd. 74 S. 79 ff. Er schlägt vor, den § 1273 ganz zu streichen.

Digitized by Google

nach Mittheilung der Motive S. 564 f. sich die Praxis so mannigfaltig gestaltet hat, daß Autoritäten ersten Ranges sich berechtigt halten, die Existenz eines gemeinen protestantischen Eherechts überhaupt zu verneinen.[34])

Das Reichsgericht, dessen Auffassung der Entwurf sich anschließt, nimmt zwar an, es gebe in der That ein gemeines protestantisches Eherecht, indem es demselben namentlich die Wahrung des allgemeinen Principes zuschreibt: unter Aufrechterhaltung der religiösen Bedeutung und des sittlichen Ernstes der Ehe den Anforderungen der Zeit und des Lebens gerecht zu werden.[35])

Allein dies sog. Princip ist überhaupt kein solches, sondern ein historisches Problem. Die katholische Kirche hat sich dereinst, um eine Culturmission zu erfüllen, zur Beherrscherin des Erdkreises aufgeworfen und sich der für diesen Zweck interessirenden Lebensverhältnisse, so namentlich auch der Ehe bemächtigt, indem sie dieselbe für ein Sacrament, d. h. für eine Religionshandlung, für ein specifisch christliches Gnadenmittel erklärte und der Consenserklärung der Nupturienten die — keineswegs gewollte — Wirkung eines auf Lebzeiten schlechthin unauflöslichen Bandes beilegte.

Durch diese einseitige Heilsmittelerklärung konnte zwar weder die menschliche Natur noch die Natur der menschlichen Ehe als des seit Urzeiten bestehenden Grundergänzungsverhältnisses zwischen Mann und Weib aufgehoben werden. Aber nichsdestoweniger war damit die dogmatisch-religiöse Bedeutung der Ehe bis auf Weiteres und soweit die Machtsphäre der Kirche reicht, fixirt.

Das Machtverhältniß zwischen diesem kirchlichen Princip und den Anforderungen der Zeiten und der Lebensverhältnisse mußte sich aber verschieben, sobald neben der Kirche die Staatsgewalt als gleichberechtigte, ebenfalls göttliche Ordnung auftrat und die Anforderungen der Zeit und des Lebens, mit anderen Worten das Staatswohl für das in seinem — vor Allem die Ehe mitumfassenden — Bereiche allein maßgebende Princip erklärte.

---

[34]) S. Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts, § 156. Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts, 8. Aufl. S. 285. Buchka, Mecklenburg. Ehescheidungsrecht (1885) S. 9 ff.

[35]) S. R.G.E. Bd. 1 S. 326. Das Reichsgericht bringt das protestantische Eherecht auch bei Ehen der Juden zur Anwendung. E. Bd. 5 S. 177. — Bei Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken soll grundsätzlich für jeden Theil das persönliche Eherecht seiner Confession maßgebend sein. E. Bd. 12 S. 235.

Digitized by Google

Das staatliche Zweckprincip fordert die Lösbarkeit der Ehe, sobald ihr Zweck vereitelt und ihr Fortbestehen den Betheiligten sowohl als der Allgemeinheit schädlich ist, schließt also die schlechthinnige Unauflösbarkeit aus.

Das historische Problem, den Uebergang von dem einen zum andern Princip zu suchen und zu finden, ist das Problem des protestantischen Eherechts. Theorie und Praxis desselben müssen als Periode des Ueberganges und des Kampfes an sich unvereinbarer Principien naturgemäß einen principlosen Eindruck machen, weil das in der Wissenschaft sowohl als in der praktischen Handhabung des Rechtes zum Ausdruck kommende Volksgewissen, die Rechtsüberzeugung, den Uebergang vom kirchlichen Princip zum Staatsprincip in den verschiedenen Territorien, hier zurückbleibend, dort schneller vorschreitend, verschieden vollzieht, wie am Schlusse dieses Paragraphen durch Beispiele veranschaulicht werden soll.

Unternimmt es nun aber ein höchster Gerichtshof, wie jetzt das Reichsgericht, ein solches historisches Problem dadurch zu lösen, daß er die Ehescheidung gemeinrechtlich nur wegen Verschuldung des Beklagten für zulässig erklärt, so ist die Würdigung solchen Unternehmens davon abhängig, ob der als Lösung des Räthsels aufgestellte Grundsatz im jetzigen Stadium der Culturentwicklung den Anforderungen der Gesellschaft und dem Staatszwecke wirklich noch gerecht wird oder nicht.

Letzterenfalls ist man auf falschem Wege. Die entgegenstehende Rechtsüberzeugung bricht sich — unter dem Titel abweichender Territorialrechte oder sonstwie — Bahn, und die sich entgegenstemmende Autorität wird zum Weichen gebracht oder mit dem Strome fortgerissen.

Handelt es sich aber gar, wie jetzt, nicht um ungestörte Weiterentwickelung particularer Gewohnheitsrechte, sondern um Herstellung eines auf der Höhe der Zeit stehenden bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland, so ist es unumgänglich, klar darüber zu werden:

> ob die Tendenz, das Ehescheidungsrecht auf solche Thatsachen auszudehnen, welche nach der Savignyschen Eintheilung in die Kategorieen „Willkür" oder „Zufall" gehören, dem heutigen Rechtsgewissen, der Volksüberzeugung der Gegenwart entspricht oder nicht.

Mit anderen Worten: es fragt sich, ob die vom Reichsgericht und dem entsprechend von dem Entwurfe beliebte ausdrückliche Hervor-

Digitized by Google

hebung des Verschuldens innerhalb der historischen Entwickelung vor- oder rückwärts weist.

Gehört sie einer überwundenen Entwickelungsstufe an, sind ihre thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen nicht mehr vorhanden, so ist sie zur Anknüpfung de lege ferenda offenbar überhaupt nicht geeignet.

Wir sind also, um das Vorwärts von dem Rückwärts mit Sicherheit unterscheiden zu können, zu einem Rückblick auf die Hauptstationen des im Eherecht zurückgelegten Weges genöthigt; zu welchem Zwecke es jedoch genügen wird, als solche Hauptstationen

1. die Bergpredigt,
2. das christlich-römische Kaiserthum, endlich
3. das Recht der katholischen Kirche im Mittelalter

in Betracht zu ziehen.

1. Die Bergpredigt.

(Christenthum als Gottes Wort.)

Seit Entstehung des Christenthums hat man in der eherechtlichen Literatur bis heute und namentlich auch noch in den parlamentarischen Debatten dieses Jahrhunderts sich fortwährend — wie auf Zwangsvorschriften einer gesetzgebenden Gewalt — auf Aussprüche des Erlösers berufen, welche in den Berichten der Evangelisten über die sogen. Bergpredigt enthalten sind und nur in diesem Zusammenhange richtig verstanden werden können.

Was da gelehrt und gefordert wird, bezieht sich zum Theil auf das Verhalten des Christen in dieser Zeitlichkeit, zum Theil darüber hinausgehend auf das Gewinnen des Himmelreichs als einen Zustand idealer Vollkommenheit. Aber auch die für das Verhalten im Diesseits gegebenen Vorschriften haben keineswegs irdisches Wohlergehen im Auge, sondern lediglich das Reich Gottes. Sie weichen daher wesentlich ab von dem, was bis dahin als Sitte und Recht gegolten hatte.

Zu den Alten war gesagt: Auge um Auge, Zahn um Zahn. Christus aber sagt: Ihr sollt nicht Vergeltung des Unrechts suchen, sondern den Beleidiger versöhnen durch Sanftmuth und Nachgiebigkeit.[36])

Bisher hieß es: Du sollst deinen Nächsten lieben und deinen Feind hassen. Christus aber sagt: Liebet eure Feinde, segnet, die euch

[36]) Ev. Matth. V, v. 38—42.

Digitized by Google

fluchen, bittet für die, so euch beleidigen und verfolgen; — damit ihr Kinder eures Vaters im Himmel und vollkommen seid wie er, der da seine Sonne aufgehen läßt über Böse und Gute, regnen läßt über Gerechte und Ungerechte.[37])

Werft euch auch nicht zum Richter auf über eure Mitmenschen, sondern übt an ihnen Verzeihung und Barmherzigkeit; denn nur dadurch werdet ihr selbst Vergebung finden vor eurem himmlischen Vater.[38])

Aber das Irdische ist überhaupt eitel: Ihr sollt nicht vergängliche Schätze auf Erden sammeln, sondern unvergängliche im Himmel. Demnach habt ihr euch der Sorge für das Irdische gänzlich zu entschlagen; denn zweien Herren zugleich — Gott und dem Mammon — kann Niemand dienen. Trachtet also am Ersten nach dem Reiche Gottes; Sorgen für irdische Bedürfnisse sind überflüssig oder vielmehr schädlich. Ein Reicher kommt schwerlich in den Himmel. — Wer nicht nur Häuser und Aecker, sondern Eltern, Geschwister, Weib und Kind um des Herrn willen verläßt, der wird das ewige Leben ererben.[39])

In solchem Zusammenhange nun kommt der Herr auch darauf zu sprechen, daß zu den Alten gesagt ist: Du sollst nicht ehebrechen. Ich aber sage euch: Wer ein Weib ansiehet, ihrer zu begehren, der hat schon die Ehe mit ihr gebrochen in seinem Herzen.[40]) — Es ist auch gesagt: Wer sich von seinem Weibe scheidet, der soll ihr geben einen Scheidebrief. Ich aber sage euch: Wer sich von seinem Weibe scheidet (es sei denn um Ehebruch), der macht, daß sie die Ehe bricht, und wer eine Abgeschiedene freit, der bricht die Ehe.[41])

Daß man um des Herrn willen auch Weib und Kind verlassen soll, rechtfertigt sich dadurch, daß die Ehe eine Institution ist, welche nur das irdische Familienleben zum Gegenstande hat. — Im Jenseits giebt es keine Ehen; auch werden irdische Ehen dort nicht fortgesetzt.[42]) —

---

[37]) Ev. Matth. V, v. 43—48.

[38]) Ev. Matth. VII, v. 1 ff.; VI, v. 14. 15.

[39]) Ev. Matth. VI, v. 19 ff.; v. 33 f.; XIX, v. 21 ff.

[40]) Ev. Matth. V, v. 27—30.

[41]) Ev. Matth. V, v. 31. 32. — In den entsprechenden Stellen Ev. Marc. X, v. 2—12, Ev. Lucae XVI, v. 18 wird die Ausnahme im Fall des Ehebruchs nicht erwähnt. — Vergl. auch Ev. Matth. XIX, v. 5 ff. Ueber den Grund der Ausnahme namentlich v. Harleß, Die Ehescheidungsfrage, Stuttgart 1861 S. 48 ff.

[42]) Ev. Matth. XXII, v. 23 ff., v. 30. In der Auferstehung werden sie

Digitized by Google

Aber immerhin werden an das Gewissen des zur Selbstscheidung befugten Mannes Anforderungen gestellt, welche, der herrschenden Sitte und dem geltenden Rechte widersprechend, ihren Maßstab lediglich in sich selbst, in dem Streben nach sittlicher Vollkommenheit haben. Auf das irdische Wohlbefinden kommt es dabei nicht an.[43])

Wie verkehrt es ist, diese Imperative gottgleicher Vollkommenheit für die irdische Gesetzgebung verwenden zu wollen, ergiebt die einfache Betrachtung, daß dadurch Christi Lehre ihres ewigen, unvergänglichen Wesens entkleidet, auf die niedere Stufe der auf Zeit geltenden, wechselnden Privatrechtsnormen herabgedrückt wird.

Als staatlich anwendbare Gesetze betrachtet, würden seine Aussprüche längst gegenstandslos und damit werthlos geworden sein mit dem Wegfall ihrer historischen Voraussetzungen; weil nämlich an Stelle der sclavenähnlichen Stellung der Frau die Gleichstellung, an Stelle des willkürlichen Selbstscheidungsrechts des Mannes das bürgerliche Ehescheidungsrecht und die Scheidung durch Urtheil von Staatswegen getreten ist.

Die Unvergänglichkeit der Religionslehren beruht eben darauf, daß sie mit Politik und Gesetzgebung überhaupt nichts zu thun haben. Zum Ueberfluß hat Christus jedes Eingreifen in die weltliche Machtsphäre — dem Kaiser gebend, was des Kaisers ist (Ev. Matth. XXII, v. 22) — ausdrücklich abgelehnt.[44])

Der Gesetzgeber kann sich, weil er für einen territorialen Gesellschaftszustand Zwangsnormen aufstellt, der Rücksichtnahme auf den thatsächlichen Zustand der Masse und seine Unvollkommenheiten nicht entschlagen. Das ethische Soll des Religionsstifters dagegen will den Einzelnen in seinem Ringen nach Vollkommenheit so hoch erheben, daß er nicht daran denkt, von den der Masse nachgelassenen Nothgesetzen Gebrauch zu machen.

---

weder freien noch sich freien lassen, sondern sie sind gleich wie die Engel Gottes im Himmel.

[43]) Ev. Matth. XIX, v. 10. 11: Da sprachen die Jünger zu ihm: Stehet die Sache eines Mannes mit seinem Weibe also, so ist es nicht gut, ehelich werden. — Er aber sprach zu ihnen: Das Wort fasset nicht Jedermann, sondern denen es gegeben ist. — S. hierzu namentlich v. Harleß, a. a. O. S. 53 ff.

[44]) Weiterentwickelung der Lehre von dem Gehorsam des Christen gegen die bestehende Staatsgewalt und die bürgerliche Gesetzgebung Römer 13, v. 1 ff.; 1. Timoth. 2, v. 1 f.; 1. Petri 2, v. 13 f., v. 17. Weiß, crit.-exeget. Commentar zum Evangelium Matthäi, S. 360.

Digitized by Google

So gestattete zwar das Gesetz die willkürliche Selbstscheidung; aber wer dem Worte Gottes folgt, soll von dieser gesetzlichen Befugniß keinen Gebrauch machen, sie vielmehr scheuen wie das todeswürdige Verbrechen des Ehebruchs. Ja, sogar den unkeuschen Blick soll er wie einen moralischen Ehebruch vermeiden.

Damit ist vollkommen verträglich, daß der Christ das auf frischer That im Ehebruche betroffene Weib, welches nach dem Gesetz sofortigen qualvollen Tod durch Steinigung verwirkt hat, nicht verdammen darf,[45]) weil nur der Barmherzige Vergebung findet bei dem himmlischen Vater.

Es bedarf keiner Darlegung, daß des Erlösers Absicht den Umständen nach, unter denen er sich äußerte, nicht auf eine erschöpfende Behandlung der Ehescheidungsfrage gerichtet sein konnte. Vielmehr suchte er, auf das Häufigste und Nächstliegende sich beschränkend, wie an anderen Beispielen so auch an der Ehe zu zeigen, worin sich die wahre Erfüllung des göttlichen Gesetzes unterscheide von der Lehre und der Praxis der Pharisäer.[46])

Der Inhalt und Kern seiner Lehre war aber der: daß der auf dem ursprünglichen Schöpfungswillen Gottes (Zusammenfügung durch Gott) beruhenden primitiv-kreatürlichen Ordnung keineswegs genügt werde durch die eingerissene Unordnung der beliebigen Lösbarkeit seitens des Mannes (Scheidung durch den Menschen — Privatscheidung mit schriftlicher Legitimation durch Scheidebrief). — Mit anderen Worten: es ist nur die Rede von dem Gegensatz der Scheidungs-Eigenmacht gegenüber der seit dem Schöpfungs-Acte für alle Menschen geltenden lex naturalis der Zusammengehörigkeit der Ehehälften. Demgemäß ist nicht die Rede und konnte nicht die Rede sein von der noch unbekannten staatlichen Gottesordnung (lex civilis), insofern sie dazu vorschreitet, diese Eigenmacht, d. h. die Privatscheidung überhaupt auszuschließen. In dieser Gottesordnung vollzieht sich das gerechte Gericht der Scheidung durch die weltliche Obrigkeit als gottgewolltes Vollzugs-

---

[45]) S. 3. Mos. 20, v. 10; 5. Mos. 17, v. 17; 22, v. 22; Ev. Johannis 8, v. 4 ff.: Meister, dies Weib ist ergriffen auf frischer That im Ehebruch. Moses aber hat uns im Gesetz geboten, solche zu steinigen, was sagst Du? — Jesus aber bückte sich nieder und schrieb mit dem Finger auf die Erde. Als sie aber anhielten, ihn zu fragen, richtete er sich auf und sprach zu ihnen: Wer unter euch ohne Sünde ist, der werfe den ersten Stein auf sie.

[46]) S. von Harleß, Die Ehescheidungsfrage, S. 11 und 21.

Digitized by Google

organ, als ein Act, welchen die Kirche und ihre Diener nunmehr als ihrem Lebens- und Wirksamkeitsgebiete entrückt anzuerkennen haben. Von der nothgedrungenen Verwaltung staatlicher Functionen befreit, verbleibt die Kirche in dem ihr bestimmten Gnadenreiche.[47])

2. Das Christlich-Römische Kaiserthum.

(Christenthum als Staatskirche.)

Wir leben heute inmitten eines festorganisirten, zielbewußten Staatswesens, welches nicht mehr Einer herrschsüchtigen Kirche unterthänig, sich ohne eigene Prüfung blind zur Zwangsvollstreckung fremder Gebote mißbrauchen läßt, sondern mit selbstgewählten Mitteln seinen eigenen Zweck — die irdische Wohlfahrt — verfolgend eine Mehrheit von Kirchen unparteiisch überwacht, damit sie nicht etwa, statt die Gesellschaft bessernd, den Staatszwecken zu dienen, dieselben in frommer Streitsucht und Unduldsamkeit durchkreuzen.

Blicken wir einige Jahrtausende zurück, so sehen wir, wie der Gesetzgeber eines noch nicht zum Staate organisirten Nomadenvolkes — oder vielmehr Gott selbst durch seine Hand — auf dieselben Gesetzestafeln alle seine Gebote schreibt: Du sollst nicht tödten, stehlen, ehebrechen, falsch Zeugniß reden, — unmittelbar neben das Gebot: Thue Barmherzigkeit, gedenke des Sabbaths, ehre Vater und Mutter.[48]) — Gotteslehre, Sittenlehre und Rechtslehre gehn als Einheit auf in dem theokratischen Bunde mit Gott.

Als Christus auf dem Berge predigte, war diese Zeit seit sechszehn Jahrhunderten vorüber. Unter der Herrschaft einer fremden weltbeherrschenden Staatsgewalt zu einem unterdrückten Volke redend, wurde er eben deshalb Verkündiger einer zwar vaterlandslosen, aber auch durch und durch idealen, vollkommene Gotteskindschaft predigenden Religion. Von vorn herein auf jede Machtstellung und Herrlichkeit in dieser Welt verzichtend, mußte er folgerichtig auch die Sorgen und Bestrebungen dieser Welt rücksichtslos von sich weisen.

Diese Idealität des Christenthums konnte aber die Beherrscher des römischen Weltreichs nicht verhindern, diesen Bund mit Gott als Macht-

---

[47]) S. von Harleß, a. a. O., S. 26 f., 31 f., 36 f., 56, 59 ff., 114 f.

[48]) S. 2. Mos. 20, v. 2 ff.; 5. Mos. 5, v. 6 ff.; — 2. Mos. 18, v. 15: Mose antwortete ihm: Das Volk kommt zu mir, und fragen Gott um Rath; 19, v. 8: Und alles Volk antwortete zugleich und sprachen: Alles, was der Herr geredet hat, wollen wir thun.

Digitized by Google

mittel sich zuzueignen für die Erhaltung und Zusammenhaltung ihrer Herrschaft. Das Christenthum wurde Staatsreligion.

Haben nun die unumschränkten Herrscher Gottes Wort, das Scheidungsrecht betreffend, als Staatsgesetz verkündigt? Mit nichten.

Auch der unbeschränkteste Monarch hat schon der Selbsterhaltung wegen mit den staatlichen Zuständen zu rechnen. Daher mußten, wie Christus als Religionsstifter es gethan, so auch die christlichen Kaiser als weltliche Herrscher das Recht der Selbstscheidung als fortbestehend anerkennen. Sie beschränkten sich darauf, es durch ihnen geläufige Mittel in Schranken zu halten. Demgemäß erfolgte die Regelung des Eherechts durch Strafgesetze, welche indirect durch Abschreckung (leges minus quam perfectae) den Frevel gegen die Heiligkeit der Ehe hindern sollten.

Justinian hat in der Novelle 117, cap. 8 und 9 (a. 542) für Mann und Frau je sechs den damaligen Zuständen angepaßte Scheidungsgründe aufgestellt, als solche, ex quibus sive vir sive mulier juste (impune) repudium mittere possit;[49]) daneben in einigen Fällen Scheidung bona gratia gestattet.[50])

---

[49]) Nämlich a. als Scheidungsgründe für den Mann: 1) wenn die Frau um hochverrätherische Pläne gewußt und davon dem Manne keine Anzeige gemacht hat; 2) wenn die Frau von dem Manne wegen Ehebruchs angeklagt und deshalb verurtheilt worden ist; 3) wenn die Frau dem Leben des Mannes nachgestellt oder derartige Pläne Anderer, von denen sie Kenntniß hatte, dem Manne nicht angezeigt hat; 4) wenn die Frau wider den Willen des Mannes mit anderen Männern Umgang pflegt oder badet; 5) wenn sie wider seinen Willen über Nacht außer dem Hause bleibt, es sei denn bei ihren Eltern oder in Folge einer ohne rechtmäßige Ursache stattgefundenen Vertreibung seitens des Mannes; 6) wenn sie wider seinen Willen oder ohne sein Wissen Schauspiele besucht. — b. Als Scheidungsgründe für die Frau: 1) wenn der Mann hochverrätherische Pläne hat oder die anderer Personen nicht zur Anzeige bringt; 2) wenn er dem Leben der Frau nachstellt oder von Nachstellungen Anderer gegen die Frau weiß und ihr nichts davon sagt, oder sie nicht nach den Gesetzen zu rächen sucht; 3) wenn er die Frau verkuppeln will; 4) wenn der Mann wegen Ehebruchs mit einer Ehefrau angeklagt und verurtheilt ist; 5) wenn er seine Ehefrau fälschlich wegen Ehebruchs angeklagt hat; 6) wenn er in seinem eigenen Hause, in dem er mit der Frau wohnt, mit einer anderen unverheiratheten Person unerlaubten Umgang hat, oder in derselben Stadt, wenngleich in einem anderen Hause, öfter mit anderen Frauenspersonen zusammen ist und davon auf zweimalige Vorhaltung seitens seiner Eltern oder der Eltern seiner Frau oder anderer achtungswerther Personen nicht absteht.

[50]) Nämlich wegen Impotenz oder Gefangenschaft des anderen Theiles, oder wenn ein Theil vitam religiosam vel habitationem in monasteriis elegerit. Nov. 117, cap. 12.

Digitized by Google

Die Scheidung ex communi consensu hatte er noch im Jahre 536 für erlaubt erklärt.[51]) In Nov. 117 verbot er sie bei Bestimmung der Scheidungsgründe.[52]) — Sodann bestimmte er in Nov. 134 (a. 556.), daß diejenigen, welche sich durch Uebereinkunft scheiden oder das Verbot durch Vorschützung unwahrer Scheidungsgründe zu umgehen suchen, in's Kloster gesperrt werden und ihres Vermögens verlustig sein sollen, falls sie sich nicht entschließen, die Ehe fortzusetzen.[53])

Privatscheidung blieb also nach wie vor zulässig. Die Ehe war und blieb aufgelöst. Ist aber ein gesetzlicher Grund nicht nachweisbar, so treten Strafen ein, welche indirect zugleich die Wiederverheirathung unmöglich machen.

Erfolgt dagegen die Scheidung aus einem gesetzlich anerkannten Grunde, so treffen den Schuldigen nur Vermögensstrafen zu Gunsten des Unschuldigen.[54]) Jedoch wird Ehebruch mit einer verheiratheten Frau mit dem Tode bestraft, die des Ehebruchs schuldige Frau mit Ruthen gepeitscht und in ein Kloster gesperrt.[55])

3. Katholisches Kirchenrecht.

(Christenthum als Weltherrschaft.)

Wie der Staat der Kirche, so sind in diesem Rechte alle sittlichen und rechtlichen Seiten der Ehe dem religiösen Dogma unbedingt untergeordnet.

---

[51]) Der sine ulla justa causa sich Scheidende oder dem Anderen Grund zur Scheidung Gebende sollte jedoch dem Anderen den vierten Theil seines Vermögens (nicht über 100 Pfd. Gold) herauszuzahlen haben. Nov. 22, cap. 18.

[52]) „Nisi forte quidam castitatis desiderio id faciant." Nov. 117, cap. 10. — Justinian's Nachfolger Justinus II. sah sich jedoch bereits a. 566 (Nov. 140) genöthigt, die Scheidung ex communi consensu wieder frei zu geben, weil es doch unmöglich sei, Leute, die sich durchaus scheiden wollen, wieder zusammenzubringen. „Contigit enim, ut quidam ex illis ad mutuas quoque insidias venirent et venenis aliisque rebus, quae mortem afferunt, uterentur, ut saepe nec liberi illis nati in una eademque voluntate eos conjungere potuerint."

[53]) Nov. 134, cap. 11.

[54]) Der Schuldige verliert an den Unschuldigen die dos bezw. die donatio propter nuptias, eventuell den vierten Theil seines Vermögens, jedoch niemals über 100 Pfund Gold. c. 8. 11. C. de repud. 5, 17; Nov. 22, c. 15 ff.; Nov. 117, c. 8. 9. 10. 13; Nov. 127, c. 4; Nov. 134, c. 10 f.; c. 4, X de don. i. vir. et ux. 4. 20. — Windscheid, Pandekten, Bd. 2, § 510, Anm. 7. 8.

[55]) c. 30 C. de adult. 9. 9; Nov. 134, cap. 10. 12. Der Mann kann die Frau aus dem Kloster wieder befreien, „si intra biennium eam recipere voluerit".

Digitized by Google

Indem die Kirche sich ausschließlich das Recht der Gesetzgebung über die von ihr als specifisch christliche Religionshandlung aufgefaßte Ehe vindicirt, proclamirt sie als Dogma die Sacramentsnatur und Unauflöslichkeit der vollzogenen Christenehe.[56])

Auch jetzt noch fehlt es aber für Schließung sowohl als für Auflösung der Ehe an einer Solennitätsform, weshalb sich die Kirche, um der Kraftloserklärung der Selbstscheidung Nachdruck zu geben, directen Zwanges zur Fortsetzung der Gemeinschaft, namentlich aber des Verbots der Wiederverheirathung bedient.

Ein derartiges Unternehmen würde kaum erklärlich sein, wenn es nicht eng zusammenhinge mit dem mönchischen, somit ehefeindlichen und asketischen Charakter der mittelalterlichen Kirche.[57])

Aber freilich: Verachtung der Welt als eines Werkes des bösen Geistes, sittliche Pflicht, auf leibliche Genüsse, Vermögenserwerb und Selbstbestimmung zu verzichten, Mönchthum und Cölibat[58]) als angeblich höhere Stufe der Sittlichkeit — das sind Anschauungen, welche den Staatszweck vollständig verleugnen, somit auch der Erfüllung der Aufgaben des weltlichen Gesetzgebers, zumal im Eherecht, direct entgegenstehen.[59])

---

[56]) Anders bei der nicht fleischlich vollzogenen Christenehe. Bei ihr ließ die Bologneser Rechtsschule noch im 12. Jahrhundert acht Scheidegründe vom Bande zu. Sohm, Recht der Eheschließung (1875), S. 116 f. Später beibehalten wurde als Scheidungsgrund das einseitige Ordensgelübde c. 2, 7 X de conv. conjugat. III, 32; c. 16 X de sponsal. IV, 1. Trid. can. 6 Sess. XXIV de sacram. matr. Ferner war seit dem 16. Jahrhundert anerkannt das Recht des Papstes, das matrim. rat. sed non consumm. durch Dispens zu lösen.

[57]) „Unabweisbarer Standpunkt für diejenigen, welche als Geistliche selbst im Cölibate leben oder das ehelose Leben als ein gottgefälliges Sein ansehen, um vergangene Sünden zu büßen." Abg. Gneist in den Verhandl. v. 1859 S. 394.

[58]) Anknüpfungspunkte für das unfreiwillige Priestercölibat fand man in Ev. Matth. 19, v. 12 und in den die Eheloſigkeit „um der gegenwärtigen Noth willen" empfehlenden Aussprüchen des Apostels Paulus 1. Cor. 7, v. 7, 25, 26, 28, 29, 35

[59]) Damit im Zusammenhange steht ein charakteristischer Zug der Civilisationsgeschichte, daß nämlich die Fürsten und Würdenträger der Kirche aus den hohen Staatsämtern, ja sogar aus den parlamentarischen Versammlungen nach und nach verschwinden als präsumtiv ungeeignet zur Betheiligung an der Staatsverwaltung und der Gesetzgebung. S. Buckle, History of civilisation in England, Bd. 2, S. 118 ff. — Die seltene Größe Richelieu's als Staatsmann beruhte wesentlich darauf, daß er, wiewohl Bischof und Cardinal, lediglich nach politischen Maximen handelte, ohne bei Wahrnehmung des Staatsinteresses und der Sorge für die irdische Wohlfahrt der Unterthanen den kirchlichen Anforderungen auch nur den mindesten Einfluß zu gestatten. S. Buckle, ebenda S. 224, 268, 288.

Digitized by Google

Demgemäß ist denn auch das von der katholischen Kirche formell einheitlich hergestellte Eherecht als mit dem Staatswohl unverträglich in dem Maße erkannt worden, als die Staaten zum Bewußtsein ihrer Zwecke, die Staatsgewalten zum Bewußtsein ihrer ebenfalls von Gott geordneten Aufgaben und Verantwortlichkeiten herangereift sind.

Aber auch bei der höchsten Machtentfaltung konnte der Erfolg eines so naturwidrigen Unternehmens immerhin nur unvollkommen und trügerisch sein. Jahrhunderte lang dauerten die Kämpfe des Unauflöslichkeitsdogmas gegen das freie Scheidungsrecht der germanischen Völkerschaften, nach welchem Scheidung durch Uebereinkunft überall, einseitige Scheidung dem Manne, später auch der Frau aus wichtigen Gründen — Ehebruch, bösliche Verlassung, Versagung der ehelichen Pflicht, Insidien — gestattet war, Wiederverheirathung nicht nur dem Unschuldigen, sondern auch dem Schuldigen offen stand.[60])

Lange Zeit war die Kirche genöthigt, den nationalen Anschauungen nachgebend die Trennung des Ehebandes und die Wiederverheirathung der geschiedenen Gatten als zulässig anzuerkennen, zufrieden, wenn es ihr gelang, der einseitigen grundlosen Scheidung zu steuern.[61])

Und als endlich im 16. Jahrhundert die Herrschaft des Unauflöslichkeitsdogmas wenigstens scheinbar durchgesetzt war, da wurden gleichwohl — ganz abgesehen von päpstlichen Dispensen — fortwährend zahlreiche Ehen aufgelöst, theils durch Selbstscheidung, wo beim Mangel einer Solennitätsform für die Eheschließung der consensus maritalis nicht nachweisbar war; theils durch Nichtigkeitserklärung auf Grund eines der maßlos ausgedehnten trennenden Ehehindernisse; vor Allem aber auch durch das Schwert des Nachrichters oder sonstigen Tod durch Strafverfolgung, mit anderen Worten: durch den weltlichen Arm, welchem die „nicht blutdürstige" Kirche die Schuldigen zur Bestrafung überlieferte. Wo aber auch diese Hülfe nicht ausreichte, da blieb eben äußerlich die Ehe bestehen. Die durch den äußeren Zwang als Selbsthülfe

---

[60]) Die Kirche verstand sich nicht nur dazu, der Volkssitte gegenüber die Selbstscheidung per mansuetudinem zu toleriren, sondern sie sanctionirte auch Scheidung und Wiederverheirathung einer Reihe katholischer Fürsten. Am Anfang der Reihe steht Karl der Große, welcher unter dem Einflusse der Kirche zwar die Scheidung verboten hatte, sich dann aber selbst a. 769 und 771 zweimal scheiden ließ; am Ende der Reihe Napoleon I., 1809 von Josephine geschieden, wieder vermählt mit Marie Louise von Oesterreich.

[61]) Dies zeigen namentlich auch die angelsächsischen und die fränkischen Bußordnungen. S. Hinschius in der Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. 20, S. 66 f. — S. auch Dove in Herzog, Realencyclopädie, Bd. 13 (1884) S. 464 f.

Digitized by Google

legitimirte Unsittlichkeit trat in ihr Recht. Wer aber diesen Ausweg nicht finden konnte oder wollte, namentlich unglückliche Frauen, der warf sich Trost suchend mit doppelter Inbrunst in die Arme der Kirche, welche so aus dem irdischen Elend immer neue Kräfte zu schöpfen schien.

Es bedarf keiner Darlegung, wie unvergleichlich mangelhaft und unvollkommen die auf den bisher besprochenen Vorstufen zur Regelung des Eherechts angewendeten Mittel des Strafrechts und der Kirchendisciplin gewesen sind im Vergleiche mit der Einrichtung des heutigen Culturstaates,[62]) welcher durch solenne Eheschließungsform den Bestand der Ehe von vornherein feststellt, durch Ausschluß jeder Selbstscheidung die Fortdauer der Ehe außer Zweifel setzt und die Scheidung sich ausschließlich selbst vorbehält, indem er sie im contradictorischen Verfahren durch Ausspruch des weltlichen Richters von Rechtswegen in Urtheilsform erfolgen läßt.[63])

Der Uebergang zu dieser vorzüglicheren Ordnung der Dinge ist vermittelt durch das

4. Protestantische (christlich-staatliche) Kirchenrecht.

Durch die Reformation wird der auf die Sacramentseigenschaft der katholischen Ehe gestützte Grundsatz ihrer Unlösbarkeit beseitigt, die Ehe als ein weltliches Geschäft, demgemäß die Befugniß der weltlichen Obrigkeit, sie zu regeln — im Gegensatz zur katholischen Kirche — unumwunden anerkannt.

Gleichzeitig aber sucht die evangelische Kirche immer noch den Standpunkt festzuhalten, als sei das Wort Gottes, soviel bei Menschen nur irgend möglich, als Zwangspflicht zu verwirklichen; daher Gewissenspflicht des Gesetzgebers, das Eherecht von dogmatischen Gesichtspunkten

---

[62]) Die Selbstaufhebung muß in dem Maße andern Formen weichen, als die eheliche Verbindung nicht als bloß menschlich eingegangene Gemeinschaft, sondern als die von Gott eingesetzte Grundlage aller menschlich-irdischen Gemeinschaftsverhältnisse anerkannt wird. Demgemäß erfolgt denn auch die berechtigte Aufhebung durch die weltliche Obrigkeit als Vollzugsorgan dieser Gemeinschaftsordnungen. Die Kirche und ihre Diener haben als solche mit der Scheidung nichts mehr zu thun. — S. v. Harleß a. a. O. S. 114 f.

[63]) Die Privatscheidung verwandelt sich in einen Anspruch auf Scheidung von Staatswegen. An Stelle des Ausspruchs, daß die Ehe geschieden sei, tritt der Ausspruch, daß die Ehe hiermit von der Obrigkeit geschieden werde. — S. Stoelzel, Zur Geschichte des Ehescheidungsrechts, in der Zeitschrift für Kirchenrecht, Bd. 18 (1883) S. 37 ff.

Digitized by Google

aus zu regeln, Gewissenspflicht der Kirche und jedes gläubigen Christen, in diesem Sinne die Gesetzgebung möglichst zu beeinflussen. Die Ehe soll kirchlich und weltlich zugleich, sie soll staatlich, aber auch dogmatisch sein. Des Widerspruchs dieser Anforderungen ist man sich noch nicht bewußt.

Protestantisch-kirchliches und staatliches Eherecht ist also zwar identisch. Die Ehegesetzgebung liegt in der Hand der Landesherren, in deren Person sich die Pflichten des Kirchenregiments und der weltlichen Gesetzgebung vereinigen, unter Umständen durchkreuzen. Das Gewissen schwankt in der Gesammtheit sowie im Einzelnen hin und her zwischen religiös-dogmatischen und weltlich-politischen Erwägungen.

Seit dem 18. Jahrhundert wird — während die katholische Kirche sich bei Erklärung des Eheconsenses mit der passiven Assistenz begnügt hatte[64]) — für das der staatlichen Gesetzgebung unterworfene Eherecht die bis dahin als bloße Einsegnung des geschlossenen Bundes betrachtete kirchliche Trauung wesentliche Form der Eheschließung.[65])

Es ist aber, um zu Gunsten eines dem Staatszweck entsprechenden, wahrhaft bürgerlichen Rechts die Uebergangs- und Zwitterbildung eines kirchlich-staatlichen Eherechts zu überwinden, offensichtlich zweierlei erforderlich.

Einmal: die obligatorische Civilehe, d. h. die selbständig staatliche Eingehungsform, durch welche jeder Gewissenszwang beseitigt, aber auch kirchliche Auflehnung gegen das Staatsgesetz unschädlich gemacht wird.

Diese Aufgabe ist durch das Reichs-Civilstands-Gesetz vom 6. Februar 1875 gelöst worden.[66])

Sodann: einheitliche Regelung des materiellen Ehescheidungsrechts ausschließlich vom staatlichen Standpunkte aus, geleitet durch die Ueberzeugung, daß die Alleinherrschaft Eines con-

---

[64]) Mejer, Institutionen des gem. D. Kirchenrechts, § 143; v. Scheurl, das gem. D. Eherecht, S. 76 f.

[65]) Mejer, a. a. O. § 143; v. Scheurl, a. a. O. S. 80 ff. S. auch Hinschius, Commentar zum Reichsgesetz betr. die Beurkundung des Personenstandes, Einleitung, S. 2.

[66]) Wir werden in § III Gelegenheit haben, an einem ebenso interessanten als lehrreichen Beispiele zu zeigen, wie dieses Rüstzeug staatlicher Gesundheit und Selbständigkeit — durch sich häufende Nothstände und dessenungeachtet fortgesetzten pietistischen Widerstand — einer zögernden Staatsgewalt gewissermaßen wider Willen aufgezwungen wurde.

Digitized by Google

fessionellen Rechts durch die Gleichberechtigung aller Bürger, die Zulassung besonderer Eherechte für jede Confession durch das Erforderniß der Staats- und Rechtseinheit ausgeschlossen sei.

Diese Aufgabe hatte der Entwurf, und haben wir in der vorliegenden Erörterung zu lösen.

Was aber die Praxis des protestantischen Eherechts betrifft, so liegt es in der Natur der Sache, daß sie in Folge ihres kirchlich-weltlichen Charakters und der Tendenz, einerseits die religiöse Bedeutung der Ehe aufrechterhalten, andererseits dem Staatszweck einigermaßen gerecht werden zu wollen, es zur Durchführung klarer Grundsätze nicht hat bringen können.

Die gemeinrechtliche Praxis hat — wie die Motive, Bd. IV S. 564, hervorheben — neben Ehebruch und böslicher Verlassung auch andere Ehescheidungsgründe bald in weiterem bald in geringerem Umfange anerkannt.

Namentlich ist fast überall die Scheidung zugelassen wegen Quasidesertion, Versagung der ehelichen Pflicht, Insidien und Sävitien;[67]) in vielen Gebieten — theils durch die Praxis, theils im Wege der Gesetzgebung — wegen Verurtheilung zu lebenslänglichen oder auch zu zeitigen, die Lebensgemeinschaft zerstörenden Freiheitsstrafen.[68]) — In manchen Gebieten ist sie von den Gerichten auch ausgesprochen worden ex consensu, wegen gegenseitiger unüberwindlicher Abneigung,[69]) wegen unheilbaren Wahnsinns, sowie wegen gesundheitsgefährlicher körperlicher Gebrechen

---

[67]) S. Seuffert, Archiv Bd. 8 No. 267, Bd. 10 No. 174, Bd. 12, No. 37, Bd. 18 No. 126, Bd. 19 No. 154, Bd. 23 No. 178, Bd. 24 No. 121, Bd. 33 No. 136, Bd. 34 No. 148. Bd. 35 No. 35. — Fenner und Mecke, Civilr. Entscheidungen Bd. 8 No. 39. — Reichsgericht bei Fenner und Mecke Bd. 2 No. 147, Bd. 3 No. 222. — Württemb. Gesetz vom 8. August 1875, Art. 6—8.

[68]) S. Seuffert, Archiv Bd. 2 No. 297, Bd. 7 No. 190, Bd. 8 No. 58, Bd. 11 No. 49, Bd. 13 No. 37, Bd. 24 No. 40, Bd. 42 No. 122. — Fenner und Mecke, a. a. O. Bd. 1 No. 58. — Württemb. Verordnung vom 14. December 1812. — Angeblich gemeinrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts bei Verurtheilung zu zeitiger Freiheitsstrafe: E. Bd. 1, S. 327 f., Bd. 5, S. 403 f., Bd. 8 S. 160 f., Bd. 9 S. 189 f. Seuffert, Archiv Bd. 37 No. 35. — Falsche Anschuldigung: R.G.E. Bd. 4 S. 380.

[69]) Vorausgesetzt, daß die vorgängige zeitweilige Trennung von Tisch und Bett keine Aussöhnung herbeigeführt hat. — Seuffert, Archiv Bd. 3 No. 331, Bd. 13 No. 260, 261, Bd. 20 No. 138, Bd. 25 No. 32, Bd. 43 No. 26.

Digitized by Google

und Krankheiten.[70]) Eventuell geschah in diesen Fällen die Scheidung, das Landesrecht ergänzend, per rescriptum principis.

Ein unter solchen Umständen vom Reichsgericht unternommener Versuch, unter Behauptung der Existenz eines gemeinen protestantischen Kirchenrechts Rechtseinheit herzustellen, könnte berechtigt sein unter der Voraussetzung, daß er der naturgemäßen Entwickelung des bürgerlichen Rechts zu Gute kommt, nicht aber, falls er sich ihr entgegenstellt.

Um hierüber zu entscheiden, hat man sich die stufenweise Umgestaltung des Verfahrens in Ehesachen in den protestantischen Gebieten zu vergegenwärtigen.[71])

Der ursprüngliche Zustand, nach welchem die Ehetrennung mit ihren Folgen von selbst — ipso jure et facto — eintrat, mußte sich auf die Dauer als unhaltbar erweisen. In der Annäherung an den heutigen Zustand kann man, — dies genügt für den vorliegenden Zweck, — drei Abstufungen unterscheiden.

Erste Stufe. Das Hauptinteresse des obrigkeitlichen Verfahrens, wo ein solches zur Feststellung der thatsächlich erfolgten Trennung stattfindet, ist die Schuldfrage — oder vielmehr die Unschuldfrage für den Kläger. Denn Gegenstand der Entscheidung ist der dem Unschuldigen zu ertheilende Dispens, d. h. die Erlaubniß zur Wiederverheirathung (Klage auf Heirathserlaubniß für Kläger).

Zweite Stufe. Auf einer weiteren Stufe erscheint zwar die von selbst eingetretene Scheidung in ihrer rechtlichen Wirksamkeit bedingt durch obrigkeitliche Feststellung, daß die Ehe geschieden sei. Aber auch jetzt noch ist die Schuldfrage wichtiger als die Scheidungsdeclaration selbst, weil zugleich der Dispens für den Unschuldigen und das — bis dahin selbstverständliche — Verbot der Wiederverheirathung gegen den Schuldigen von Amtswegen verkündigt wird (Klage auf Dispens und Eheverbot).

Dritte Stufe. Nunmehr tritt an Stelle der Privatscheidung der Ausspruch der Obrigkeit, daß die Ehe geschieden werde, — also der

---

[70]) Für unheilbaren Wahnsinn als Scheidungsgrund seit etwa 100 Jahren feste Praxis in Kurhessen: Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 182 ff.; Fenner und Mecke, Bd. 6 S. 155 ff. — Für Thüringen das von der Juristenfacultät Leipzig eingeholte Urtheil des O.A.G. Jena de 1869: Seuffert, Archiv Bd. 28 No. 136. — Wegen Sachsen und Oldenburg die näheren Angaben: R.G.E. Bd. 7 S. 155 Anm. 1. — In den übrigen gemeinrechtlichen Gebieten sind wiederholt Scheidungen wegen Geisteskrankheit durch den Landesherrn erfolgt. Motive S. 570.

[71]) Zum Folgenden: Stoelzel in der Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 18 S. 37 ff.

Digitized by Google

Anspruch auf Scheidung von Staatswegen (s. oben Anm. 63), neben welcher die mit der Scheidung für den schuldigen Theil[72]) in der Regel von Rechtswegen ohne ausdrückliche Festsetzung verknüpften Nachtheile als secundär erscheinen[73]) (Klage auf Scheidung).

Diese Stufe ist die Bethätigung der Staatssouveränetät im Eherecht, welcher die Anerkennung des Staatszwecks als des für das Scheidungsrecht maßgebenden allein entspricht (Moment der Zweckvereitelung).

Diese dritte Stufe ist die des modernen Staats. Legt der heutige Eherichter trotzdem seinen Entscheidungen Gesichtspunkte zu Grunde, welche den Stufen 1 und 2 angehören, so ist seine Entscheidung wegen Wegfalls der Voraussetzungen unzutreffend. Ebenso ist die Einheitsbestrebung des Reichsgerichts wohlberechtigt, soweit es darauf ausgeht, stehengebliebene Ueberreste der Stufen 1 und 2 zu beseitigen, nicht aber, soweit es darauf ausgeht, solche zu conserviren.

Nachstehende Beispiele werden das Gemeinte veranschaulichen.

1. Bösliche Verlassung.[74]) Die mecklenburgischen Gerichte nehmen an, daß zur Begründung der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung der vom Kläger zu führende Nachweis gehöre, daß er sich seit Entfernung des verklagten Theils nichts Ehewidriges habe zu Schulden

---

[72]) Auf dieser Stufe ist das richterliche Verbot der Wiederverheirathung entbehrlich geworden, weil es kein Ehehinderniß mehr begründen, sondern ausschließlich auf das Vorhandensein eines gesetzlichen Hindernisses (Ehebruch) hinweisen kann. S. Stoelzel, Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 18 S. 37. Derf., Deutsches Eheschließungsrecht S. 19 Anm. 2 und in Rassow-Küntzel Beitr. Bd. 21 S. 329 f. — Auch § 39 des Reichspersonenstands-Ges. v 6. Februar 1875 und Seuff. Archiv Bd. 31 S. 307.

[73]) Für diese oben Anm. 54 bereits erwähnten Vermögensnachtheile, welche gemeinrechtlich auf alle Fälle der separatio perpetua des canonischen Rechts ausgedehnt sind (Ortloff, Juriſt. Abhandlungen Bd. 2 S. 2 u. 28; v. Roth, System des D. Privatrechts Bd. 2 § 149 Anm. 5.), war ursprünglich allerdings der Gesichtspunkt der Privatstrafe maßgebend. Im gemeinen sächsischen Rechte seit Carpzow sowie im preußischen und im französischen Rechte dagegen herrscht die Auffassung vor, daß eine Entschädigung für das durch die Ehescheidung beseitigte eheliche Güterrecht gewährt werden soll. v. Roth, a. a. O. Anm. 1.

[74]) S. Urth. d. R.G. vom 4. Juni 1887: E. Bd. 18 S. 225 ff., und vom 28. Januar 1888: E. Bd. 20 S. 208 ff. (auch Seuffert, Archiv Bd. 42 No. 36). — Dagegen liegt überhaupt keine bösliche Verlassung vor, wenn die Frau sich weigert, zurückzukehren und das Zusammenleben wiederaufzunehmen, solange der Mann im eigenen Hause eine Concubine hält. Urth. d. O.L.G. Hamburg vom 21. Juli 1887. Seuffert, Archiv Bd. 44 No. 27.

Digitized by Google

kommen lassen. Sie weisen deshalb eine seit neun Jahren von ihrem Ehemann böslich verlassene Ehefrau mit der darauf gestützten Scheidungsklage ab, weil sie geständlich drei Jahre nach Entfernung ihres Ehemanns mit einem Dritten concumbirt.

Das Reichsgericht hat mit vollem Rechte abändernd auf Scheidung erkannt, indem es das Vorhandensein eines entgegenstehenden Particularrechts verneint. Denn dies angebliche Particularrecht ist nichts weiter, als ein Zurückbleiben der Landesgerichte auf einem überwundenen Standpunkt. Sie behandeln die vorliegende Scheidungsklage (Stufe 3), als wäre eine Klage auf Dispens (Stufe 1) angestellt. — Zu jener Zeit, als nur dem Schuldlosen Erlaubniß zur Wiederverheirathung ertheilt wurde, wäre die Abweisung der jetzigen Klägerin mit einem hierauf gerichteten Anspruche gerechtfertigt gewesen.

2. Unüberwindliche Abneigung. Nach fester Praxis der Großherzoglich Hessischen Gerichte wird gegenseitiger unvertilgbarer Haß als Scheidungsgrund angesehen namentlich dann, wenn er sich in bestimmten Thatsachen (schweren Kränkungen, Mißhandlungen u. dergl.) offenbart hat. Und zwar behaupteten sie, dies sei gemeines protestantisches Eherecht.[75])

Das Reichsgericht ist dieser Praxis entgegengetreten, weil es dem Wesen der Ehe widerstreite, den Fortbestand derselben von dem subjectiven, uncontrolirbaren Ermessen der Ehegatten abhängig zu machen.[76])

Darauf hat das Ober-Landesgericht zu Darmstadt in einem Urtheil vom 2. April 1887[77]) die bisherige Praxis als Territorialrecht aufrecht erhalten, indem es nachzuweisen sucht, daß das protestantische Eherecht in den gemeinrechtlichen Territorien überhaupt nur als particulares Gewohnheitsrecht existire. Zur Feststellung des Rechtsstandpunktes komme es lediglich darauf an, daß die mit der Ehegerichtsbarkeit betraute Behörde, sei es Consistorium oder Gericht, den geltend gemachten Grund als dem Ehezwecke widerstrebend ansehe.

---

[75]) S. Seuffert, Archiv Bd. 13 No. 260, 261, Bd. 20 No. 138, — Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Bd. 7 S. 419, Bd. 8 S. 328 ff., Bd. 10 S. 86, 188.

[76]) S. R.G.E. Bd. 6 S. 370, Bd. 15 S. 191 (Seuffert, Archiv Bd. 38 No. 31, Bd. 42 No. 37).

[77]) S. Seuffert, Archiv Bd. 43 No. 26.

Digitized by Google

Dies ist die dem heutigen Rechtsbewußtsein entsprechende Entscheidung. Der Anspruch geht auf Scheidung (Stufe 3), und ist dieser Stufe entsprechend gerechtfertigt durch Vereitelung des Ehezwecks.

Wäre der Anspruch, wie im 16. und 17. Jahrhundert, auf Gestattung resp. Verbot der Wiederverheirathung (Stufe 1 und 2) gegangen, dann hätte man mit dem Reichsgericht allenfalls sagen können, der Dispens dürfe nicht vom Ermessen der Petenten abhängen. Wird dagegen auf Stufe 3 über die Fortdauer der Ehe von Rechtswegen erkannt, und liegt die Unhaltbarkeit derselben thatsächlich vor, so ist die Scheidung gerechtfertigt, gleichgültig, ob dies Resultat durch unversöhnlichen Haß oder durch andere Thatsachen, wie Ehebruch oder Lebensnachstellung herbeigeführt ist.

Der Eherichter hat im Eheprocesse die vollständigste Controle über das wirkliche Vorhandensein dieser Thatsachen. Das „subjective Ermessen" aber auszuschließen, ist so wenig möglich bei der Scheidung wie bei der Eingehung der Ehe, — sofern man nämlich die verschuldeten oder unverschuldeten Zustände, welche die Fortführung einer nicht blos nominellen Ehe unmöglich machen, mit dem sonderbaren Ausdrucke „subjectives Ermessen" bezeichnen will.

3. Unheilbare Geisteskrankheit. Seit etwa 100 Jahren ist es feste Praxis der Gerichte in Kurhessen, unheilbaren Wahnsinn als Scheidungsgrund anzuerkennen.[78])

Dagegen hat in Uebereinstimmung mit verschiedenen Obergerichten[79]) das Reichsgericht in seinem Urtheil vom 7. Juli 1882[80]) geltend gemacht: Trotz einer entgegenstehenden, seit Ende des 17. Jahrhunderts in Theorie und Praxis vielfach geltend gemachten, milderen Meinung sei es doch nicht nachweisbar, daß „allgemein" oder „gemeinrechtlich" das protestantische Kirchenrecht seine Grundlage (die bekannten Stellen des Neuen Testaments) verlassen und — in Verkennung der wahren Natur der Ehe — auch unverschuldete Vorgänge als Scheidungsgrund anerkannt habe, falls sie wesentliche Ehezwecke unerreichbar machen. Mithin sei festzuhalten, daß nur irgendein — dem Ehebruche oder der bös-

---

[78]) S. Büff, Kurhessisches Kirchenrecht, S. 676, Anm. 15; Strippelmann, Ehescheidungsrecht, S. 182 ff.; R.G.E. Bd. 7, S. 157.

[79]) Z. B. O.L.G. Rostock: Seuffert, Archiv, Bd. 22 Nr. 50; O.A.G. Jena: ebenda, Bd. 28, Nr. 136, II; namentlich aber O.G. Wolfenbüttel: Seuffert, Archiv, Bd. 32 Nr. 54.

[80]) S. R.G.E., Bd. 7, S. 154 ff.

Digitized by Google

lichen Verfassung analoges — Verschulden die Scheidung rechtfertigen könne.

Hier beharrt also der weltliche Eherichter auf dem rein kirchlichen Standpunkte, indem er es einfach ablehnt, den Staatszweck sowohl als den Ehezweck irgendwie in Betracht zu ziehen, — aus dem unendlich oft wiederholten Scheingrunde, daß die Ehe „kein obligatorischer Vertrag", sondern Lebensgemeinschaft sei.[81])

Aber eben weil diese Lebensgemeinschaft Grundlage des die Gesellschaftswohlfahrt bezweckenden Staates ist, so muß auch von dem weltlichen Richter eine diesem Standpunkt entsprechende Entscheidung und Begründung verlangt werden.

Es ist unzulässig, die in den Evangelien enthaltenen Referate darüber, was der Erlöser in der Bergpredigt über die Selbstscheidung der Ehe geäußert hat, wie ein zur unmittelbaren Anwendung für den Staatsrichter erlassenes und promulgirtes, den civilistischen Auslegungsregeln unterliegendes Gesetz anzuwenden.[82]) Denn jene Aussprüche

---

[81]) Die classische Definition der Ehe als Lebensgemeinschaft („consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio") verdankt man bekanntlich dem heidnischen Römer Modestinus: L. 1. D. de ritu nuptiar., 23, 2. — Daß Scheidung wegen Geisteskrankheit nicht zu billigen, so lange die Krankheit weder als der Familie gefährlich noch als unheilbar festgestellt, wurde ebenfalls schon in vorchristlicher Zeit in Rom anerkannt; L. 22, § 7, D. solut. matr. 24, 3 (Ulpian): „Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus. Et illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. An autem illa repudianda est, considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quae, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas: quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri particpem esse? Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat."

[82]) Als Beispiel dieser Methode folgt hier die Ausführung des O.G. Wolfenbüttel im Urtheil vom 22. Februar 1876 (Seuffert, Archiv, Bd. 32 Nr. 54): „Dagegen hat das protestantische Eherecht, den kirchlichen und religiösen Charakter der Ehe berücksichtigend, sich zweifellos dahin entschieden, daß in der Lehre von der Ehescheidung auf die bekannten Stellen des Neuen Testa-

Digitized by Google

waren und sind nichts Anderes, als Unterweisungen zur Gotteskindschaft und zur Erlangung idealer Vollkommenheit.

Nach dem Gesagten zeigt sich die Auffassung des Reichsgerichts, daß gemeinrechtlich der Anspruch auf Scheidung nur ex delicto zulässig sei,[83]) aus doppeltem Grunde als verfehlt. Einmal, weil diese Auffassung nicht auf wirklichen Rechtsquellen beruht, sondern auf der unzulässigen Benutzung gewisser Stellen der heiligen Schrift als Rechtsquelle, während sie nur eine Richtschnur enthalten für das Leben des Einzelmenschen zur Erlangung des Seelenheils.[84]) Sodann, weil diese Auffassung auch ihre historische Grundlage verloren hat, nachdem wir uns nicht mehr auf den Stufen 1 und 2 des Eheverfahrens (Klage auf Dispens für den Unschuldigen, Ehelosigkeitszwang gegen den Schuldigen) befinden, sondern bereits auf der Stufe 3 (Anspruch auf Scheidung von Staatswegen wegen Vereitelung des Zweckes).

Der zur causae cognitio über den Anspruch auf Scheidung berufene weltliche Richter darf nicht entscheiden, als handle es sich um einen bei einem geistlichen Gerichte angebrachten Anspruch auf Dispens oder Verbot der Wiederverheirathung.

Auch das im verstaatlichten Eherechte nur noch in zweiter Linie auftretende Schuldmoment muß sich in seinen Consequenzen der heutigen Staatsraison unterordnen, welche nur noch Entschädigung für Vermögensverluste und Antragsstrafen nach geschiedener Ehe zuläßt, dagegen Strafverfolgung von Verletzungen der ehelichen Pflicht als solcher von Amtswegen durante matrimonio, Executionszwang und Zwang zur Ehelosigkeit nach erfolgter Scheidung durch den Staat selbst nicht mehr verantworten zu können glaubt und daher nicht mehr dulden kann.

Aus dem über das Delictprincip des Reichsgerichts Gesagten ergiebt sich im Anschlusse an die Einleitung dieses Paragraphen ohne Weiteres, daß jenes Princip zur Aufnahme in ein bürgerliches Gesetzbuch für Deutschland nicht zu empfehlen ist.

Schließlich befinden sich die Motive aber auch mit sich selbst insofern in einem Widerspruch, als sie das in zahlreichen Territorien gewohnheits-

---

ments zurückzugehen sei, in welchen Ehebruch und bösliche Verlassung, also lediglich schuldvolle Verletzungen wesentlicher ehelicher Pflichten, als ausreichende Gründe der Ehescheidung sich angedeutet finden, anerkennend, daß dabei die Gesetzesanalogie in den ihr gezogenen Schranken (l. 10—14 D. de legibus 1. 3.; vergl. Keller, Pandekten, § 15) nicht ausgeschlossen erscheine."

[83]) R.G.E. Bd. 7, S. 157 f.; Bd. 15, S. 191.

[84]) So Buchka, Das Mecklenb. Ehescheidungsrecht, S. 14.

Digitized by Google

rechtlich entwickelte Scheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit als eine das gesetzliche Scheidungsrecht ergänzende clausula generalis[85]) wiederholt (S. 565, 573, 578) hervorheben, und dennoch, ohne irgend einen Ersatz dafür zu gewähren, das Bedürfniß seines Fortbestandes in Abrede stellen.

Die Sache verhält sich grade umgekehrt. Richtig ist, daß das landesherrliche Scheidungsrecht als mit der deutschen Gerichtsverfassung unverträglich, nicht fortdauern darf, vielmehr der Entwurf (Mot. a. a. O., S. 578) „die Aufgabe hat, das Scheidungsrecht in einer dem Wesen der Ehe und den Bedürfnissen des Lebens entsprechenden Weise erschöpfend, und zwar derartig zu regeln, daß dem Bedürfnisse im Wege der ordentlichen Rechtspflege Rechnung getragen wird, darüber hinaus Scheidung überhaupt nicht zulässig ist". Eben deshalb muß für das fortfallende landesherrliche Scheidungsrecht vollkommen ausreichender Ersatz geboten werden; und auch aus diesem Grunde erscheint die Ausscheidung der von Savigny'schen Kategorieen „Willkür" und „Zufall" als unzulässig.

Was endlich, nachdem wir uns bisher mit der Praxis beschäftigt haben, den heutigen Stand der Wissenschaft des protestantischen Eherechts betrifft, so pflegt derselbe im Allgemeinen bezeichnet zu werden als: Reaction des neu erwachenden christlichen Bewußtseins gegen die Herrschaft des Rationalismus auf diesem Ge-

---

[85]) Nach Mot. S. 578 ist das landesherrliche Ehescheidungsrecht namentlich anerkannt in den gemeinrechtlichen Gebieten Preußens (Neu-Vorpommern, Hannover, Kurhessen, Nassau, Frankfurt a. M., Schleswig-Holstein); ferner im Großherzogthum Hessen, beiden Mecklenburg, Oldenburg, Braunschweig, Weimar, Coburg-Gotha, Altenburg, Meiningen, Schwarzburg-Sondershausen, Reuß älterer und jüngerer Linie, Anhalt-Dessau und Cöthen. — Es wird dahingestellt gelassen, ob dieses landesherrliche Recht durch § 76 des Reichs-Personenstands-Gesetzes vom 6. Februar 1875 als beseitigt zu erachten sei, da es jedenfalls jetzt fortfallen solle. — Man streitet nämlich darüber, ob die Ausübung des landesherrlichen Ehescheidungsrechts ein Act geistlicher Gerichtsbarkeit und deshalb nach § 76 des R.Ges. vom 6. Febr. 1875 unstatthaft, oder ob es ein Act landesherrlichen Dispensationsrechts und deshalb als fortdauernd giltig zu erachten. Für Ersteres: Hinschius, Commentar z. R.Ges. v. 6. Febr. 1875, S. 199; Wasserschleben, 1. Beitrag, S. 38 ff., 2. Beitrag, S. 24; von Sicherer, Commentar z. R.Ges. v. 6. Febr. 1875, S. 452; — für Letzteres: Stölzel, Krit. Vierteljahrsschrift 20, S. 233, Rassow-Küntzel, Beitr. 24, S. 782 und Zeitschr. für Kirchenrecht 28, S. 1 ff., 37; von Scheurl, D. gem. deutsche Eherecht, S. 331 ff.; Dove in Herzog's Realencyclopädie 13, S. 499. — Eine Mittelmeinung vertheidigt von Weinreich in der Zeitschr. für Kirchenrecht 20, S. 307 ff.

Digitized by Google

biete.[86]) Sie möchte ebenfalls das Scheidungsrecht wieder auf die im Worte Gottes begründete positive Grundlage zurückführen und geht in folgende drei Richtungen auseinander:

1. Die strengere, welche nur Ehebruch und böswillige Verlassung als Scheidungsgrund anerkennen will;

2. Die mildere, welche auch anderweitiges Verschulden gleichstellt, sofern es die eheliche Treue in demselben Maße wie leiblicher Ehebruch verletzt;[87])

3. Die strengste, welche nach dem Wortlaute der Schrift die Scheidung wegen Ehebruchs gestatten will;[88]) wegen böslicher Verlassung nur in dem vom Apostel Paulus speciell behandelten Falle, d. h. zu Gunsten des zum Christenthum bekehrten Ehegatten, welcher deshalb von dem ungläubig gebliebenen Theil verlassen wird.[89])

Wir haben, von der theologischen Würdigung ganz absehend, es mit diesen Richtungen nur insoweit zu thun, als constatirt werden muß, daß sie wegen ihrer rein religiösen Grundlage sämmtlich gleich ungeeignet sind als Anknüpfungspunkt für eine bürgerliche Gesetzgebung zu dienen und, sofern sie sich gleichwohl auf das Gebiet bürgerlicher Gesetzgebung verirren, entschieden zurückzuweisen sind im Namen der Staatssouveränetät.

Eine Geschichte solcher Verirrungen und Uebergriffe werden wir im § III, Abth. 2 darzustellen haben, und in gewissem Grade trifft diese Zurückweisung den Entwurf ebenfalls. Die Gerechtigkeit nöthigt aber, dabei hervorzuheben, daß diese Verirrungen nicht willkürlich sind,

---

[86]) Inaugurirt durch eine 1833 anonym erschienene Brochüre über die heutige Gestaltung des Eherechts. Verfasser war der nachherige Oberlandesgerichtspräsident Leopold von Gerlach, von welchem in § III die Rede sein wird.

[87]) So namentlich von Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht (1882), S. 291 ff. S. auch Seuff. Arch. Bd. 43 S. 36 f. Reichsger.-E. 15 S. 188.

[88]) Vom religiösen Standpunkte erscheint diese Ausnahme kaum haltbar, denn der Christ soll nicht richten, sondern verzeihen. Auch ist der geschichtliche Grund weggefallen. Zu Christi Zeit wurde nämlich der Ehebruch von Amtswegen mit dem Tode bestraft, der Ehebrecher hatte mit dem Leben auch die Ehe verwirkt, und sie konnte daher ihm gegenüber durch Geben des Scheidebriefs nicht mehr gebrochen werden. — Davon kann jetzt nicht mehr die Rede sein, da Ehebruch nur noch Antragsvergehen und mit geringer Gefängnißstrafe bedroht ist, andererseits auch der Begriff des Ehebruchs sich wesentlich verändert und erweitert hat. — S. Rödenbeck, Die Ehe in besonderer Beziehung auf Ehescheidung pp. (1882) S. 60 f. v. Harleß, Die Ehescheidungsfrage, S. 22.

[89]) So namentlich Rödenbeck, a. a. O. S. 128 ff.

Digitized by Google

sondern hervorgerufen durch eine sehr lange geschichtliche Entwickelung und conservirt durch die (jetzt glücklich beseitigte) priesterliche Trauung und das (voraussichtlich noch lange nicht zu entbehrende) landesherrliche Kirchenregiment; die beiden Punkte, an welchen zusammengewachsen die siamesischen Zwillinge bisher vergeblich sich abmühten, volle Bewegungsfreiheit, volle Selbständigkeit ihrer Organisation, volles Bewußtsein von der Getrenntheit ihrer Lebensgebiete zu erlangen.

§ III. Der souveräne Staat und das Eherecht.

Die historische Anknüpfung an die gemeinrechtliche Praxis oder vielmehr an diejenige Richtung der eherechtlichen Praxis, welche das Reichsgericht als die gemeinrechtliche aufgefaßt hat, kann — wie wir gesehen haben — den Entwurf nicht rechtfertigen.

Die Motive S. 567 berufen sich aber auch noch auf die Uebereinstimmung

> mit den preußischen Entwürfen über die Reform des landesrechtlichen Ehescheidungsrechtes aus den Jahren 1844, 1854, 1856, 1859, 1860;

da der Entwurf nichts Anderes sei, als eine Fortentwickelung der diesen Entwürfen zu Grunde liegenden Principien.

Die Nothwendigkeit der Prüfung dieses Rechtfertigungsgrundes giebt zugleich willkommene Gelegenheit zur Veranschaulichung eines wichtigen kulturgeschichtlichen Vorganges: wie nämlich — in wechselvollem Kampfe mit offenen und versteckten Hindernissen — stufenweise eine Verstaatlichung des Eherechts sich vollzogen hat, welche — mag man sie als naturgesetzlich, mag man sie als providenziell betrachten — in ihrem Resultate als bedeutungsvoller Fortschritt im Zweckbewußtsein wie in der Zweckverwirklichung des Staates anzuerkennen ist. Um so bedeutungsvoller, als erst durch ihn die Staatssouveränität nach einer Seite hin zum Ausdruck gebracht wird, von welcher her sie seit mehr als tausend Jahren unausgesetzt erst geleugnet, dann bekämpft und angezweifelt worden war, auch heute noch keineswegs ohne allerlei Proteste und Vorbehalte Unterwerfung findet.[90])

---

[90]) Darauf kommen wir in § III am Ende zurück. Einen Protest enthält namentlich das Verfahren derjenigen protestantischen Geistlichen, welche den Eheleuten trotz vollzogener Civiltrauung das Recht der Lebensgemeinschaft absprechen, bis sie kirchlich getraut sind, mithin die vor dem Standesbeamten geschlossene Ehe als nicht vorhanden betrachten, demgemäß die Ehegatten als Braut

Digitized by Google

Die Darstellung der Thatsachen, welche am besten für sich selber sprechen, zerfällt in die vorlandrechtliche und die nachlandrechtliche Periode.

1. Vorlandrechtliche Periode.

Nach der Kurbrandenburgischen Consistorial-Ordnung von 1573 war Scheidung nur zulässig wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung, bei welcher dem weggelaufenen Ehegatten nicht anzukommen. Bei lebensgefährlichen Mißhandlungen sollte der Schuldige durch Gefängniß zur Besserung angehalten werden. Aus anderen als den genannten Ursachen sollte keine Scheidung erfolgen. Diejenigen Eheleute, welche sich ohne solche Ursache von einander begeben würden, sollten ermahnt und allenfalls durch Gefängnißstrafe bis zu vier Wochen angehalten werden, christlich und friedlich mit einander zu leben. Wer dazu nicht zu bewegen sei, sollte Landes verwiesen werden.[91])

Dieser primitive Zustand wurde natürlich auf die Dauer unhaltbar. In der Praxis gestaltete sich die Sache dahin, daß neben dem strengen Ehescheidungsrecht der Consistorien, soweit diese nicht selbst über die Vorschriften der Consistorialordnung hinausgingen, als Ergänzung das weitgreifende landesherrliche Dispensationsrecht in Anwendung kam.

Den wirklichen Zustand beleuchtet ein Erlaß des Großen Kurfürsten vom 5. December 1676 an das Consistorium zu Cöln an der Spree, in welchem es heißt:

> Er habe mit Mißfallen vernommen, daß es „allhier gar gemein werden wolle", daß Eheleute, falls zwischen ihnen „ein Mißverstand oder Argwohn" entsteht, sich sofort unter sich selbst scheiden und a thoro et mensa zu separiren unterfangen, auch einige sothane Ehescheidungen bei Euch gesucht und erhalten haben sollen. — Da hieraus Aergerniß entstehe, so befiehlt er: Unserm Fiskal zu injungiren, daß er wider diejenigen, so sich also eigenmächtigerweise a thoro et mensa geschieden, inquiriren und gebührend verfahren solle. — Werde aber gänzliche Scheidung nachgesucht, so habe das Consistorium darüber nicht zu deci-

---

und Bräutigam anreden. — Dies vertheidigt Sohm, Die obligat. Civilehe und ihre Aufhebung. Ein Gutachten. Weimar 1880.

[91]) Mylius, C. C. M. I. Abth. 1 S. 330 ff. Bornemann, Preußisches Civilrecht 2. Ausgabe 5, S. 167 f.

Digitized by Google

diren, sondern zuvor zu Unserer gnädigsten Verordnung umständlichen Bericht einzuschicken.[92])

Es gab also kein selbständig entwickeltes staatliches Ehescheidungsrecht, sondern nur ein an die Person des Landesherrn geknüpftes, als Dispensation aufgefaßtes Scheidungsrecht, welches bald auf die oberstrichterliche Gewalt des Landesherrn, bald darauf gestützt wurde, daß in den betreffenden geistlichen Händeln „die bislang dem Papste zugetheilte Autorität" auf den Kurfürsten übergegangen sei.[93])

Da trat in Friedrich dem Großen eine Persönlichkeit auf die Weltbühne, welche wie keine andere geeignet war, den Staatsgedanken der Kirche gegenüber in seiner Selbständigkeit mit Kraft und Nachdruck hinzustellen und durchzuführen.[94])

Veranlassung dazu gaben einerseits Trauungsweigerungen evangelischer Geistlichen gegenüber landesherrlichen Rescripten, durch welche Dispens von kirchlichen Eheverboten ertheilt war, andererseits die Vornahme von Trauungen durch katholische Geistliche ohne den staatlich für erforderlich erklärten väterlichen Heirathsconsens.[95])

---

[92]) Mylius, C. C. M. I. Abth. 2 S. 87. Bornemann a. a. O. S. 168. Richter, Beiträge zur Geschichte des Ehescheidungsrechts (1858), S. 77 f. — Durch fernere Verordnung vom 10. Januar 1678 wurde dies dahin declarirt: es sei nichts dagegen zu erinnern, daß Eheleute auf eine Zeit lang a thoro et mensa separirt werden könnten, wenn zwischen ihnen solche Feindschaft und Streitigkeit entstanden, daß „bei continuirender Cohabitation darauß allerhandt unheil und ungelegenheit zu befahren." Aber mit den Ehescheidungen quoad vinculum müsse behutsam verfahren und dieselben nicht anders als wegen den in der heiligen Schrift und denen Rechten (der Consistorialordnung) enthaltenen Ursachen verstattet werden.

[93]) Stoelzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung I S. 225 f.

[94]) In seinem Antimacchiavell hatte der König die prophetische Aeußerung gethan:

„Maintenir le gouvernement civil avec vigueur et laisser à chacun la liberté de conscience; être toujours Roi et ne jamais faire le Prêtre est le sûr moyen de préserver son état des tempêtes que l'esprit dogmatique des Théologiens cherche souvent à exciter."

S. Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht (6. Auflage Stuttgart 1885), S. 387.

[95]) Näheres hierüber bei Friedberg, Eheschließung S. 714 ff., Stoelzel a. a. O. Bd. 2 S. 206 f. Besondere Schwierigkeiten waren entstanden durch die Einverleibung der Provinz Schlesien, in welcher bis dahin die katholische Kirche eine absolut herrschende Stellung eingenommen hatte. Dem ist der König mit ebenso großer Klugheit und Mäßigung als Entschiedenheit entgegengetreten. Darüber ausführlich Friedberg, Grenzen zwischen Kirche und Staat Bd. 1 S. 266 ff. — Ueber die im October 1750 erfolgte Centralisation auf kirchenregimentlichem Gebiete s. Stoelzel a. a. O. S. 222.

Digitized by Google

In Folge dieser Conflicte war das Streben des Königs und seines Großkanzlers von Cocceji umsomehr darauf gerichtet, das Eherecht dem kirchlichen Einflusse überhaupt zu entziehen.

Zunächst wurden durch das Project des codicis Fridericiani von 1748 die Ehesachen den ordentlichen Obergerichten und denselben Proceß- und Beweisregeln wie andere Civilsachen unterworfen.

Sodann wurde in dem Project des corpus juris Fridericiani von 1749 (Th. II, Buch 2, Tit. 3) folgendes materielle Ehescheidungsrecht aufgestellt:[96])

A. Als Ehescheidungsgründe wurden in Artikel 1 §§ 35 ff. bezeichnet:

1. Die wechselseitige Einwilligung:

   „Es müssen dabei alle gradus beobachtet und zu dem Ende alle Bewegungsgründe, allenfalls mit Zuziehung eines Geistlichen, zu der Eheleute Wiedervereinigung adhibirt, und wenn dieses nicht helfen will, eine Scheidung von Tisch und Bett auf ein Jahr vorgenommen werden. Wenn nach verflossenem Jahre keine Einigung zu hoffen, und beide Theile bei ihrem Vorsatze beharren, kann die Scheidung geschehen."

2. Ehebruch oder verdächtiger Umgang einer Frau mit andern Mannspersonen wider des Mannes Wissen und Verbot.

3. Bösliche Verlassung. Aus diesem Grunde findet Scheidung nur statt, wenn der abtrünnige Ehegatte nicht erreichbar ist. (Ist er erreichbar, so soll das Zusammenleben von Amtswegen erzwungen werden. S. unten sub B.)

   „Derjenige, welcher aus diesem Grunde die Ehescheidung sucht, muß die Intention, daß der andere ihn verlassen wolle, erweisen. Wenn dieses erwiesen wird, kann derselbe sofort die Desertionsklage anstellen und den anderen edictaliter citiren lassen. Wenn der animus deserendi zweifelhaft ist, so wird, ehe und bevor zur Ehescheidung geschritten werden kann, erfordert:

---

[96]) Stoelzel a. a. O. Bd. 2 S. 233 f. urtheilt von den „geradezu riesenhaften Anstrengungen, mit denen Cocceji über ein Menschenalter hindurch derselben Aufgabe alle seine Kräfte gewidmet hatte", daß das Project des corp. Frideric. dem gesteckten Ziele näher gekommen als alles Frühere. „Wer das Zustandekommen des Landrechts von 1794 für ein Glück hält, darf das Mißlingen des Landrechts von 1749 nichts weniger als beklagen; denn hätte Cocceji das letztere zum Abschluß gebracht, so wäre sicher das erstere nicht entstanden." — Ueber den Zusammenhang des corp. jur. Fridericianum mit der Lehre der Naturalisten (Pufendorf, Thomasius, Stryck u. A.) s. Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 85 ff.

Digitized by Google

a) daß ein Theil zwei Jahre ohne Ursache sich absentirt habe;

b) daß er ordentlich, und zwar wenn dessen Aufenthalt unbekannt und der deserirte Theil eidlich erhärtet, daß er von dessen Aufenthalt nichts wisse, edictaliter citirt, und wenn er

c) an einen gewissen Ort zu reisen vorgegeben, die edictales vornehmlich an dem Ort angeschlagen werden müssen, worauf

d) dem Abwesenden ex officio ein curator ad hunc actum bestellt und

e) dem Befinden nach super malitiosa desertione, und ob solche vorhanden, erkannt werden muß. . . . Wann Jemand ex capite malitiosae desertionis von seinem Ehegatten geschieden worden, so kann der bösliche Verlasser ohne Unsere Dispensation nicht wieder heirathen; thut er es aber, so ist die Heirath null und nichtig."

4. Tödtliche Feindschaft, welche ein Ehegatte auf den andern wirft,

„z. E. wenn ein Theil den anderen mit Schlägen tractirt, wenn ein Theil lue venerea laborirt, wenn ein Theil dem anderen nach dem Leben steht, wenn einer wegen Missethat zur Karren, zum Staupbesen oder gar zum Tode condemnirt, oder wegen einer infamen That des Landes verwiesen wird 2c."

5. Geisteskrankheit:

„Wenn ein Theil in Raserei oder Blödsinnigkeit verfällt, und diese viele Jahre anhält, der andere Theil aber dieserwegen die Ehe aufzuheben bittet; insonderheit wenn es eine Person ist, welche zur Beobachtung ihres Handelns oder wegen des Zustandes ihrer Güter die Assistenz eines Mannes vonnöthen hat."

B. Neben der Ehescheidung wird in Art. 2 §§ 43 ff. die Separation quoad thorum et mensam gestattet, welche nach einiger Zeit gleichfalls zur Scheidung führen kann.

Entstehen nämlich zwischen den Eheleuten Mißhelligkeiten, klagt namentlich die Frau über Sävitien des Mannes, oder der Mann über Untugenden der Frau, als Verschwendung, Trunkenheit u. dgl., weshalb sie nicht bei einander leben wollen und können, so steht ihnen nicht frei, sich eigenmächtig zu separiren. Der, welcher bündige Ursache zu klagen hat, muß sich vielmehr an das Gericht wenden, und von diesem soll nach vorgängigem Versuch der Sühne, allenfalls mit Zuziehung beider Theile Beichtväter, die Separation höchstens auf ein Jahr ausgesprochen werden.

Digitized by Google

Ist diese Zeit verlaufen, so müssen die Eheleute sich wieder zusammenverfügen. Will Einer oder der Andere dies durchaus nicht thun, so muß nochmals die Güte mit Zuziehung eines Geistlichen versucht werden. „In deren Entstehung, und da sich eine inimicitia capitalis hervorthut, kann die Ehe völlig geschieden werden, jedoch mit dem Unterschied, daß derjenige, welcher Ursach an der Separation gewesen, alle poenas divortii tragen muß. Es wäre denn, daß er die Redintegration der Ehe verlangt, auch allenfalls zur Caution sich offerirt, der andere Theil aber nicht gewollt hätte, in welchem Falle er billig mit der Strafe zu verschonen."

Bekanntlich hat das corpus juris Fridericianum im Ganzen niemals Gesetzeskraft erhalten. Aber Buch 2 und 3, betreffend Ehe- und Vormundschaftssachen, also namentlich auch obige Bestimmungen, wurden in einigen Landestheilen eingeführt,[97]) und sie hatten sehr wesentlichen Einfluß auf die Praxis in allen Provinzen der Monarchie, welche sich demnach und in Gemäßheit des Circulars vom 27. September 1751[98]) wie folgt gestaltete:

a) in Fällen der oben gedachten inimicitiae capitales wird die Scheidung sofort ausgesprochen;

b) wegen geringer Vergehen und Mißhelligkeiten wird zunächst auf Separation erkannt, nach Verlauf eines Jahres aber, bei fortdauerndem hartnäckigen Widerwillen des einen oder anderen Theiles, wird gleichfalls inimicitia capitalis angenommen und gleichfalls — wie sub a — auf gänzliche Scheidung erkannt.[99])

Diese Praxis mußte, zumal beim Mangel eines für den besonderen Charakter des Ehescheidungsrechts geeigneten Proceßverfahrens, naturgemäß gegen früher eine Vermehrung der Ehe-

---

[97]) Nämlich in der Altmark, Cleve, Berg, Ostfriesland, Minden, Ravensburg, Mörs, Ostpreußen und Lithauen, Westpreußen, Lauenburg und Bütow. v. Kamptz, Jahrb. 59 S. 146. Vergl. auch Stoelzel a. a. O. Bd. 2 S. 217, 222, 234.

[98]) Circular an das Kammer-Gericht, reformirte Kirchendirectorium pp. v. 27. Sept. 1751: „Gleich wie Unsere höchste Intention ist, daß Eheleuten, unter welchen inimicitiae capitales et notoriae herrschen, und aus deren Ehe nichts wie Unheil und eines oder des anderen Theiles Verderben zu besorgen ist, die Scheidungen, wenn sie solche suchen, nicht schwer gemacht, sondern wenn solche Feindschaft gehörig erwiesen wird, das Band der Ehe sofort unter ihnen, ohne vorhero auf separationem a thoro et mensa zu erkennen, gänzlich aufgehoben werden solle, so befehlen wir auch hiermit in Gnaden, euch hiernach gehorsamst zu achten und in vorkommenden Fällen zu verfahren."

[99]) Bornemann a. a. O., S. 170.

Digitized by Google

scheidungen zur Folge haben. Jedenfalls wurde bei Gelegenheit einer Reise in Pommern der König darauf aufmerksam gemacht, daß hier auffallend viel Ehescheidungsprocesse im Gange seien. Sofort griff er energisch ein und befahl eine vollständige Codification des Ehescheidungsrechts behufs Einschränkung der Ehescheidungen.

Es ist dies das Edict gegen die Mißbräuche der überhand genommenen Ehescheidungen vom 17. November 1782 [100]), welches sowohl in seinem Eingange als in seinen einzelnen Bestimmungen für den Ernst und die landesväterliche Fürsorge der damaligen Gesetzgebung das vollgültigste Zeugniß ablegt. [101])

An dieser Stelle genügt es, diejenigen Punkte hervorzuheben, in welchen das Bestreben, ein gegenüber dem Project von 1749 würdigeres und ernsteres Ehescheidungsrecht herzustellen, besonders hervortrat. [102])

1. Die wechselseitige Einwilligung wurde auf den Fall ein-

---

[100]) Verfasser des Edicts ist Svarez. Der König hatte von seinem Großcanzler Carmer die Beseitigung der Gefahr verlangt, und dieser, „wohl wissend, daß der König solche Befehle baldigst vollzogen zu sehen wünschte", ertheilte Svarez den Auftrag zur Ausarbeitung. S. Stölzel, Svarez, S. 234. — Im Eingange des Edicts heißt es: Der König habe in Erfahrung gebracht, daß in verschiedenen Provinzen die Ehescheidungen und deshalb entstehenden Processe sehr überhand genommen hätten und selbst einige Gerichte, aus Mißverstand und allzuweiter Ausdehnung der bisher ergangenen Verordnungen in Zulassung solcher Processe und in Trennung gültiger Ehen, nicht allemal mit einer der Wichtigkeit der Sache gemäßen Vorsicht und Ueberlegung zu Werke gingen. Durch eine solche übertriebene Leichtigkeit bei den Ehescheidungen werde aber der öffentliche Wohlstand beleidigt, die Zügellosigkeit der Sitten und der Hang der Gemüther zur ungescheuten Verletzung der heiligsten Verbindungen bestärkt; dadurch pp. dem zur häuslichen Glückseligkeit so nöthigen gegenseitigen Bestreben der Eheleute, sich in einander zu schicken und allen Anstoß zum Mißvergnügen und Widerwillen sorgfältig zu vermeiden, die mächtigste Triebfeder genommen, den schädlichen Eindrücken der Verführung freier Zugang eröffnet, solchergestalt die innere Ruhe und Ordnung der Familie gestört, vornehmlich aber den aus solchen Ehen erzeugten Kindern, wegen des in den Gemüthern der geschiedenen Eltern gegen sie nur allzuleicht entstehenden Kaltsinnes und Abneigung, sowohl durch Vernachlässigung ihrer Erziehung, als durch Entfernung und Zersplitterung des Vermögens, der größte Nachtheil zugefügt. N. C. C. de 1782, S. 1613 ff.

[101]) Das im N. C. C. Bd. VII, S. 1614 ff., abgedruckte Edict wird als unschätzbare Beweisurkunde für den wahren Geist der landrechtlichen Gesetzgebung im Anhang wörtlich mitgetheilt — mit Weglassung der hier weniger interessirenden Bestimmungen betreffend die Vermögensauseinandersetzung u. dgl. — Vergl. auch die Uebersicht in Bornemann a. a. O., Bd. 5, S. 171 ff.

[102]) S. Bornemann a. a. O., S. 175 ff.

Digitized by Google

geschränkt, wenn die Ehegatten mehrere Jahre hindurch in einer kinderlosen Ehe gelebt hätten, und der Richter zuverlässig versichert sein könne, daß die Scheidung von beiden Seiten nicht aus bloßem Leichtsinn, Uebereilung oder durch heimlichen Zwang, sondern aus vollkommen freiem Willen und nach reiflicher Ueberlegung gesucht werde. Dabei blieb dem Richter die Befugniß, die Urtheilseröffnung ein Jahr lang auszusetzen.

2. Die Bestimmung des Projects, wonach wegen der geringsten Mißhelligkeiten auf Separation geklagt und nach einjähriger Separation bei fortdauerndem hartnäckigen Widerwillen die Scheidung verlangt werden konnte, wurde gänzlich beseitigt. — Es sollte vielmehr bei Thätlichkeiten, unordentlicher Wirthschaft, Neigung zum Trunke und Verschwendung, sowie Versagung des Unterhalts der Richter die Scheidung nur dann aussprechen, wenn nach dem Fehlschlagen aller zur Besserung des Schuldigen zu machenden Versuche er die Ueberzeugung gewinnt, daß die Fortsetzung der Ehe keine anderen als traurige Folgen für den unschuldigen Theil haben könne.

Im Wesentlichen laufen die eingehenden, mehr im Stile von Unterweisungen als Gesetzesparagraphen abgefaßten Bestimmungen des Edicts darauf hinaus, daß bei solchen Ehescheidungsgründen, welche nicht schon von den Reformatoren als unbedingte anerkannt worden, der Richter nicht bloß auf die abstracte Thatsache des geltend gemachten Scheidungsgrundes sehen, sondern den vorliegenden Fall speciell prüfen und nur bei wirklich unversöhnlichem Hasse oder sonstiger Zerrüttung der Ehe scheiden soll.

3. Auch verordnet das Edict, indem es den Sühnetermin vor den Anfang des Processes verlegt, für alle Fälle Zuziehung des Seelsorgers oder eines anderen Geistlichen und behandelt in §§ 18 ff. den Sühneversuch als ein für sich bestehendes wesentliches Element des Verfahrens. — Auch schärft es dem Richter ein, während des Processes auf Aussöhnung hinzuwirken und die Entscheidung geeignetenfalls auszusetzen.[103])

Das Bestreben des Edicts, der Häufigkeit der Ehescheidungen nach Möglichkeit entgegenzutreten, ein vorsichtiges und zurückhaltendes Ver-

[103]) Die Vorschriften des Edicts über das Verfahren §§ 26 bis 39 s. im Anhange. Außerdem enthielt es in §§ 61 bis 70 Vorschriften über Aussetzung eines Pflichttheils an die Kinder seitens des Schuldigen und in §§ 74 bis 76 solche über Verpflegung und Erziehung der Kinder.

Digitized by Google

fahren in Ehesachen nachdrücklich einzuschärfen, fand namentlich auch in der negativen Fassung der einzelnen Bestimmungen deutlichen Ausdruck; in der Regel wird der bezeichnete Grund von vorn herein als ungenügend erklärt, die Scheidung herbeizuführen, hinterher wird sie unter ganz besonderen Voraussetzungen doch ausnahmsweise für zulässig erklärt.

Diese liebevolle Sorgfalt und strenge Gewissenhaftigkeit und Zurückhaltung, mit welcher nach dem Edicte die Ehesachen behandelt werden sollen, beruht — wie kaum gesagt zu werden braucht — durchaus nicht auf dogmatischen oder confessionellen Gesichtspunkten, sondern lediglich auf dem redlichen Bestreben, den Gegenstand so zu ordnen, wie der Gesetzgeber, ohne unfehlbar zu sein, es unter den damaligen Verhältnissen für das Staatswohl am zuträglichsten erachtete. Eben deshalb war dieses strenge Eherecht vollkommen verträglich mit dem kraftvollsten Einschreiten gegen mißbräuchliche und ungebührliche Anmaßungen der Geistlichkeit, wie sie häufig genug vorkamen.

Die Staatsgewalt hielt eben damals unverbrüchlich fest an den Grundsätzen der Gewissensfreiheit und der Unterordnung der Kirche unter den Staat, wie sie ihren classischen Ausdruck gefunden haben nicht nur in dem Allgemeinen Preußischen Landrechte,[104]) sondern namentlich auch in den berühmten Vorträgen, welche Svarez in den Jahren 1791 und 1792 dem Thronfolger, nachmaligem Könige Friedrich Wilhelm III. gehalten hat.[105])

Diese Grundsätze bedingen nicht etwa, wie Manche zu glauben scheinen, eine besonders laxe Gesetzgebung und Praxis in Ehesachen, — wohl aber geben sie eine Garantie dafür, daß bei Normirung dieser

---

[104]) S. Preuß. Landrecht II, 11, § 2: „Jedem Einwohner im Staat muß eine vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit gestattet werden." — § 4: „Niemand soll wegen seiner Religionsmeinungen beunruhigt, zur Rechenschaft gezogen, verspottet oder gar verfolgt werden." — § 13: „Jede Kirchengesellschaft ist verpflichtet, ihren Mitgliedern Ehrfurcht gegen die Gottheit, Gehorsam gegen die Gesetze, Treue gegen den Staat und sittlich gute Gesinnungen gegen ihre Mitbürger einzuflößen." — § 27: „Sowohl öffentlich aufgenommene als bloß geduldete Religions- und Kirchengesellschaften müssen sich in allen Angelegenheiten, die sie mit anderen bürgerlichen Gesellschaften gemein haben, nach dem Gesetze des Staates richten." — Vergl. auch die Bestimmungen über die Kirchenzucht a. a. O. §§ 50 ff., zu welchen das Monitum eingegangen war: Den Kirchengesellschaften komme eigentlich nichts zu als Unterricht, Lehre und sanfte Ermahnung. S. Friedberg, Grenzen pp., Bd. 1, S. 286 ff.

[105]) Svarez über das Verhältniß zwischen Kirche und Staat; abgedruckt im Just.-Min.-Bl. de 1875, S. 35—42, 48—50 und 53—60; dazu Friedberg, Grenzen pp., S. 852 ff. und Stölzel, Svarez, S. 287 ff.

Digitized by Google

Materie nicht geistliche Anmaßung oder religiöse Vorurtheile den Ausschlag geben, sondern lediglich die Erwägung, was dem Staatswohle unter den gegebenen Verhältnissen am dienlichsten ist.

Die Vorschriften des Edicts sind im Wesentlichen in das Preußische Landrecht übernommen,[106]) und zwar fast wörtlich, wenn auch in kürzerer, mehr gesetzbuchmäßiger Fassung. Einige Abänderungen fanden allerdings statt, jedoch nicht ohne bestimmte Veranlassung.

Es hatte nämlich bereits bei der Begutachtung des Entwurfs zum Edicte die Gesetz-Commission sich dahin ausgesprochen:

> daß die Beschränkungen zu weit gingen, da durch baldige Trennung einer unglücklichen Ehe dem Staate weniger Schaden zugefügt wird, als wenn dieselbe so sehr erschwert, ja nach den Worten des Edicts zum Theil unmöglich gemacht werde.[107])

Demgemäß wurde bei Abfassung des Allgemeinen Preußischen Landrechts — wie Svarez in der Schlußrevision, S. 125 sagt — „die Strenge des Edicts in einigen Stücken gemildert". Z. E. Impotentia et morbus superveniens, die nach dem Edicte § 16 die Scheidung nicht begründen konnten, sind dazu in den §§ 69€, 697 des Gesetzbuchs für hinreichend erklärt. In den §§ 706, 707 sind einige neue Causae divortii hinzugekommen.[108])

Es verordneten ferner die §§ 716—718 des gedruckten Entwurfs übereinstimmend mit dem Edicte:

1. daß wegen bloß einseitiger unüberwindlicher Abneigung (wenn nämlich kein von dem Gesetze gebilligter Grund dazu vorhanden ist) die Ehe nicht getrennt werden solle;

2. daß auch ex mutuo consensu keine Ehescheidung statt-

---

[106]) Eine bei der Schlußrevision gegen Svarez' Wunsch beschlossene Aenderung betraf die Fassung der dem § 78 des Edicts (s. Anhang) entsprechenden §§ 736, 737 II, 1 Allg. Preuß. Landrechts, betr. die Erlaubniß zur Wiederverheirathung, falls wegen Ehebruchs geschieden ist. Bornemann, a. a. O. S. 33; von Roenne, Ergänzungen, Bd. 2 S. 132; Stoelzel im Just.-Min.-Bl. de 1875, S. 119 f.

[107]) S. Gutachten der Gesetz-Commission vom 1. November 1782 in den Acten des Justizministers von Carmer 127 I Nr. 68. Nach Stoelzel, Svarez, S. 234.

[108]) § 706: Wenn ein Ehegatte den andern durch vorsätzliche, unerlaubte Handlungen in Gefahr bringt, Leben, Ehre, Amt oder Gewerbe zu verlieren. § 707: Wenn ein Ehegatte ein schimpfliches Gewerbe ergreift.

Digitized by Google

finde, sobald Kinder vorhanden oder noch zu hoffen sind.

Svarez berichtete nun bei der Schlußrevision, wie gerade diese Sätze „in praxi bisher großen Widerspruch gefunden haben, und von ihnen sogar die Praxis vieler Gerichtshöfe, selbst des Tribunals öfters abgegangen ist". — Er sah sich deshalb zu näherer Erörterung veranlaßt,[109]) welche zu der Allerhöchsten Entscheidung führte, daß diese Paragraphen so geändert wurden, wie sie jetzt im Landrecht lauten.

Ueber das Verhältniß des Edictes zu dem Allgemeinen Preußischen Landrechte spricht sich Bornemann dahin aus[110]): es seien in das Landrecht im Ganzen zwar die Bestimmungen des Edicts übernommen; es sei ihnen aber durch anscheinend nicht erhebliche Aenderungen eine bei Weitem abstractere, das Ermessen des Richters mehr ausschließende Fassung gegeben. Dies sei namentlich dadurch geschehen, daß die Redactoren aus den Fällen, in welchen nach dem Edicte ein unversöhnlicher Haß angenommen werden kann, für sich bestehende Ehescheidungsgründe gemacht und daneben noch die unüberwindliche Abneigung als einen besonderen Grund zur Scheidung hingestellt haben. Außerdem enthielt die Allgemeine Gerichts-Ordnung in § 36, I, 14 eine den Erfolg des Sühneverfahrens beeinträchtigende Bestimmung insofern, als in dem Falle, wenn das zuständige Ehegericht zugleich der ordentliche Richter des Mannes ist, unter Fortfall der vorgängigen, mit Zuziehung des Geistlichen vorzunehmenden Sühne die Klage sofort vollständig aufgenommen, und darauf ein Commissarius zur Anstellung des vorläufigen Sühneversuchs ernannt werden soll.[111])

2. Nachlandrechtliche Periode.

Es wird vielfach behauptet, das Preußische Landrecht sei, ebenso wie auf seinem Gebiete das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch, am Ende der Aufklärungszeit erscheinend, der socialen Entwickelung des Volkes beträchtlich vorausgeeilt. Ohne auf diese Frage näher einzugehen, kann doch hinsichtlich des Ehescheidungsrechts zugegeben werden, daß das-

---

[109]) Svarez, Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision, S. 156 ff. (Anlage H. zu S. 125.)

[110]) Preußisches Civil-Recht, Bd. 5 S. 167 f.

[111]) Ueber weitere durch die Circularverordnung vom 30. December 1798 und Verordnung vom 13. März 1803 herbeigeführte Abänderungen des Verfahrens s. Bornemann, a. a. O. S. 277 f.

Digitized by Google

selbe vorläufig gewissermaßen in der Luft schwebte. Denn die den Absichten des Gesetzgebers entsprechende Anwendung der materiellen Vorschriften mußte so lange problematisch bleiben, als es an einem dafür speciell normirten und geeigneten Proceßverfahren und an einer bürgerlichen Form der Eheschließung mangelte.

Das materielle Eherecht befand sich also in einer kritischen Situation so lange, bis es gelang, diesen Mängeln Abhilfe zu schaffen.

Dies ist während der nunmehr zu besprechenden Periode — trotz aller anscheinenden Ungunst der Verhältnisse — geschehen. Die Gegner der Staatssouveränetät auf diesem Gebiete haben — freilich sehr gegen ihren Willen — dazu eifrig mitgewirkt. Das der hierarchischen Richtung wegen seines rein bürgerlichen Charakters besonders anstößige, ja geradezu verhaßte landrechtliche Eherecht ist seit der Zeit der Gesetzrevision, namentlich seit 1824 fortwährenden Anriffen ausgesetzt gewesen. Es hat „seine eigene Geschichte gehabt in Folge der Einwirkung bestimmter Persönlichkeiten, welche aber erst während der 1840er Jahre besonders in den Vordergrund traten; und diese Geschichte bildet das natürliche Verbindungsglied zwischen der Regierung Friedrich Wilhelms III. und der seines Sohnes, indem sie von dem Ende der ersteren zum Anfange der letzteren in ein und demselben Geleise hinüberführt.[112])"

Zunächst verlangte König Friedrich Wilhelm III. auf Vorschlag des Staatsraths mittelst Ordre vom 15. Januar 1825

> „schleunige Revision desjenigen Theils der Gesetzgebung, welcher das eheliche Verhältniß betreffe, vorzüglich in Rücksicht des religiösen und sittlichen Princips."

Die drei Söhne des Kurmärkischen Kammerpräsidenten von Gerlach waren damals „Hauptvertreter der Richtung, welche Preußen zum christlich-germanischen Staate umbilden und die Grundsätze des feudal-conservativen Clubs in der Wilhelmstraße in Thaten reden lassen wollte.[113])" Der älteste Bruder Leopold von Gerlach war seit 1827 Adjutant des Prinzen von Preußen. Durch ihn beim Kronprinzen eingeführt,

---

[112]) S. Stoelzel, Brandenburg-Preußen, Bd. 2 S. 516 f.

[113]) Biedermann, Dreißig Jahre Deutscher Geschichte, Bd. 1 S. 41. Stoelzel, a. a. O. Bd. 2 S. 517. Die beiden Brüder Leopold und Ernst Ludwig von Gerlach später (1848) in Gemeinschaft mit dem jüngst verstorbenen Geheimen Oberregierungsrath Hermann Wagener, Gründer der Neuen Preußischen Zeitung (sog. „Kreuzzeitung"), Ernst Ludwig v. G., der bekannte „Rundschauer". Die Schreckensherrschaft der Kreuzzeitung unter der Redaction Wagener's, die Anstiftung der Meineidszeugen im Waldeck'schen Processe und die Pläne, „den Freimaurer" (nachmaligen Kaiser Wilhelm I.) von der Thronfolge auszuschließen, sind bekannt.

Digitized by Google

überreichte im Jahre 1833 der Landgerichtsdirector Ernst Ludwig von Gerlach dem Kronprinzen ein Promemoria, in Folge dessen dem Könige durch den Cabinetsrath als Wunsch des Kronprinzen ausgesprochen wurde: „daß sofort das Ehescheidungsverfahren, weil es der erforderlichen Würde entbehre, geändert, und — unter Zurückstellung anderer weniger dringender Theile der Gesetzgebung — mit Umarbeitung der landrechtlichen Vorschriften über die Ehescheidungsgründe vorgegangen werde.[114])

Auf Grund einer dem entsprechenden Cabinetsordre vom 26. Februar 1835 legte der Minister von Kamptz noch in demselben Jahre einen Entwurf vor, welcher sich darauf beschränken wollte, gewisse anstößige Bestimmungen des Landrechts zu beseitigen, dessen Berathung aber Ende 1837 vorläufig sistirt, und der von Bunsen[115]) in einem dreibändigen Gutachten einer vernichtenden Kritik unterzogen wurde. Bunsen, der einflußreiche Freund des Kronprinzen, erklärte die Erhebung des Entwurfs zum geltenden Recht für einen Act „wie der Kirche, so der Würde des königlichen Ansehens und Namens zuwider" und verlangte „entweder das Landrecht, wie es ist, oder streng evangelisches Kirchenrecht".

„Die Ausführungen Bunsen's wirkten so mächtig auf den Kronprinzen, daß derselbe, obwohl er bisher die landrechtliche Gesetzgebung aus Opportunitätsgründen aufrecht erhalten wollte, jetzt die Ueberzeugung aussprach, zuerst müßten bei Revision des Landrechts die (nicht biblischen) Fälle der Ehescheidung gänzlich gestrichen werden."[116])

Als bald darauf der Kronprinz als Friedrich Wilhelm IV. den Thron bestieg, wurde auf Bunsen's Rath dessen Freund und Gesinnungsgenosse von Savigny am 28. Februar 1842 an Kamptz' Stelle zum Minister für die Gesetzrevision ernannt.[117]) In einer Cabinetsordre von demselben Tage wurde eine Revision der Ehegesetze des Allgemeinen Landrechts angeordnet. Der König verlangte: „Entfernung der den Lehren des Christenthums widersprechenden

---

[114]) S. Stoelzel, a. a. O. S. 518.

[115]) Bunsen, ursprünglich Theologe, eine Zeit lang als Niebuhr's Nachfolger Gesandter in Rom, befand sich damals auf dem Gesandtschaftsposten in Bern. Sein und des katholischen Herrn v. Radowitz Verhältniß zu dem Kronprinzen, nachherigem König Friedrich Wilhelm IV. darf hier als bekannt vorausgesetzt werden. S. darüber Biedermann a. a. O. Bd. 1 S. 41 ff. Bulle, Geschichte der neuesten Zeit Bd. 1 S. 296.

[116]) Ranke, Briefwechsel S. 46, 73. Stoelzel, a. a. O. S. 519.

[117]) S. hierzu Stoelzel a. a. O. Bd. 2 S. 520 ff., 531 f., 538 ff.

Digitized by Google

Grundsätze" und „würdigere Form" für das Eheproceßverfahren. Zunächst aber sollte „von den weniger nothwendigen Aenderungen der materiellen Gesetzgebung abgesehen", und „vor Allem der Ehescheidungsproceß geändert" werden.

Als leitende Gesichtspunkte bezeichnete der König:

Bestellung der Obergerichte zu Ehescheidungsgerichten, Sühneversuch vor dem Geistlichen, nur vorläufige Trennung von Tisch und Bett auf drei Jahre, wenn nicht Ehebruch oder böswillige Verlassung der Scheidungsgrund, criminelle Bestrafung des schuldigen Theiles und endlich bei Scheidungen wegen Ehebruchs oder böswilliger Verlassung unbedingtes Verbot der Wiederverheirathung des Schuldigen.

Von Savigny wurde sofort Gerlach als Hülfsarbeiter in sein Ministerium berufen, weil er als die geeignetste Persönlichkeit erscheinen mußte, „die Ehegesetzgebung in die der Meinung des Königs am meisten entsprechende Bahn zu leiten". Gerlach ging aber über die ausdrücklichen Weisungen des Königs hinaus.

In seinem vom 29. April 1842 datirten „vorläufigen Plan für die Berathung der Eherechtsreform" stellte er als selbstverständliche Aufgabe hin die „Beschränkung oder Beseitigung der geringfügigen Scheidungsgründe".

Der demgemäß ausgearbeitete und in der Gesetzcommission unter Savigny's Vorsitz berathene Entwurf wurde im November 1842 mit umfassendem (zu einem Viertel von Savigny, zu drei Vierteln von Gerlach verfaßtem) Begleitbericht dem Könige überreicht.

Er enthielt im Ersten Abschnitt die Aufhebung bisher gültiger Ehescheidungsgründe, im Zweiten Abschnitt (§§ 3 bis 89) ausführliche Vorschriften über das Verfahren. Im Dritten Abschnitt (§§ 90 bis 103) handelte er von Strafen als Folge der Ehescheidung.

In § 1 wurden Eilf landrechtliche Ehescheidungsgründe gänzlich aufgehoben,[118]) so daß nur folgende bestehen blieben:

---

[118]) Der § 1 des Entwurfs vom October 1842 lautet:

„Folgende im Allgemeinen Landrechte anerkannte Gründe sollen künftig die Ehescheidung nicht bewirken können:

1. bloß verdächtiger Umgang gegen gerichtlichen Befehl (§§ 675, 676 Tit. 1 Th. II A.L.R.); es bleibt jedoch dem Ehegerichte vorbehalten, nach § 38 zu ermessen, inwiefern daraus ein Beweis des Ehebruchs zu entnehmen ist;

Digitized by Google

1. Vollendeter Ehebruch und widernatürliche Unzucht (§§ 670 bis 672);
2. 3. Bösliche Verlassung und Lebensnachstellung (§§ 677 ff., § 699);
4. Fortgesetzte grobe Mißhandlungen (§ 702):
5. Verurtheilung zu harter und schmählicher Zuchthaus- oder Festungsstrafe wegen grober Verbrechen und wissentlich falsche Anzeige wegen solcher Verbrechen (§§ 704, 705);
6. Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes (§ 707); endlich
7. Nichtgewährung des Unterhalts, wenn der Mann sich zur Gewährung desselben außer Stande gesetzt hat durch Verbrechen, Ausschweifungen oder Trunksucht (§ 711).

In dem Abschnitt über das Verfahren war im Falle böslicher Verlassung gegen den abtrünnigen Theil directer Zwang zur Wiedervereinigung für zulässig erklärt (§§ 62 ff.), und es sollte (§ 69) Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung erst stattfinden, nachdem ent-

---

2. mangelnder Nachweis des unbescholtenen Wandels einer von ihrem Manne getrennt gewesenen Frau; — der § 687 Tit. 1 Th. II A.L.R. wird hiermit außer Kraft gesetzt;
3. Versagung der ehelichen Pflicht (§§ 694, 695 a. a. O.);
4. Unvermögen und körperliche Gebrechen (§§ 696, 697 a. a. O.); insofern dieselben jedoch als Gründe der Ungültigkeit einer Ehe behauptet werden, wird an dem jetzt geltenden Rechte nichts geändert;
5. Raserei und Wahnsinn (§ 698 a. a. O.);
6. Beleidigungen, Kränkungen der Ehre und Freiheit, Drohungen und solche Thätlichkeiten, die Leben oder Gesundheit nicht gefährden (§§ 700—702 a. a. O.); wenn jedoch die Thätlichkeiten in fortgesetzte grobe Mißhandlungen ausarten, so sollen sie als Ehescheidungsgrund gelten;
7. Unverträglichkeit und Zanksucht (§ 703 a. a. O.);
8. Gefährdung des Lebens, der Ehre, des Amtes oder des Gewerbes durch unerlaubte Handlungen (§ 706 a. a. O.); sofern diese nicht einen andern Scheidungsgrund ausmachen;
9. Trunkenheit, Verschwendung, unordentliche Lebensart oder Wirthschaft und Versagung oder Mangel des Unterhalts (§§ 708—713 a. a. O.); mit Ausnahme des Falles, wenn der Mann durch Verbrechen, Ausschweifungen oder Trunksucht sich außer Stand gesetzt hat, der Frau den Unterhalt zu gewähren, in welchem Falle die Frau auf Ehescheidung anzutragen berechtigt sein soll;
10. gegenseitige Einwillung (§ 716 a. a. O.);
11. heftiger und tiefeingewurzelter Widerwille (§ 718 a und b a. a. O.)."

S. von Savigny, Vermischte Schriften Band 5 S. 353 ff.

Digitized by Google

weder der Abtrünnige dreimonatliches Gefängniß erlitten oder, falls dessen Vollziehung nicht möglich, nach Ablauf der gestellten Rückkehrsfrist ein Jahr verstrichen sei. — Wegen Sävitien sollte nicht auf Scheidung, sondern auf ein- bis zweijährige Trennung von Tisch und Bett erkannt und nach Ablauf dieser Zeit, jedoch bei Strafe der Präclusion nur binnen drei Monaten, auf Ehescheidungsurtheil angetragen werden können (§§ 75, 82).

Ferner sollte in jedem auf Trennung oder Scheidung lautenden Urtheil Beklagter oder beide Theile für schuldig erklärt, gegen jeden Schuldigen Gefängnißstrafe von 14 Tagen bis 4 Monaten festgesetzt, und dabei ausgesprochen werden, daß er erst mit Ablauf von zwei Jahren nach Eintritt der Rechtskraft zu einer anderen Ehe schreiten dürfe (§§ 97, 100). Im Falle des Ehebruchs betrug die von Amtswegen als Theil des Scheidungsurtheils festzusetzende Strafe je nach Umständen 6 Wochen bis 3 Monate Gefängniß, bezw. 3 bis 6 Monate oder 6 Monate bis 1 Jahr Gefängniß- oder Festungsarrest (§ 91).

Bei den darauf folgenden Berathungen des Staatsministeriums, an welchen der König und der Prinz von Preußen (nachmals Kaiser Wilhelm I.) Theil nahmen, „richtete Gerlach als Referent und Hauptredner sein Hauptaugenmerk darauf, den König zu überzeugen, daß die geplante Beseitigung der meisten landrechtlichen Scheidungsgründe eine nothwendige Folge der beabsichtigten Aenderung des Eheprocesses sei".

Savigny unterstützte ihn. — Da sich jedoch in der Presse bereits starke Opposition gegen das allzu reactionäre Vorgehen der Regierung hatte vernehmen lassen, so warnte Gerlach dringendst, ja nicht vor der öffentlichen Meinung zurückzuweichen. Die Befragung der Stände in Betreff der Feststellung der Scheidungsgründe sei nicht nöthig: denn die Unterthanen hätten kein Recht auf Beibehaltung vieler Ehescheidungsgründe. Welche Scheidungsgründe zuzulassen, das falle lediglich in den Bereich „der landesherrlichen Ausübung der Ehegerichtsbarkeit".

Der König sowohl als der Prinz von Preußen äußerten während der Sitzungen wiederholt ihre Ansicht, nahmen aber einen verschiedenen Standpunkt ein.

Der König wünschte möglichst viel landrechtliche Scheidungsgründe zu streichen. Der Prinz von Preußen wollte dagegen nur streichen die gegenseitige Einwilligung und die unüberwindliche Abneigung, im Uebrigen

Digitized by Google

das Landrecht unverändert lassen, weil dann eher auf den Beifall „der Stände und der öffentlichen Meinung zu hoffen sei".

Da man im Staatsministerium großes Gewicht auf die „öffentliche Meinung" zu legen schien, so unternahm es Gerlach, dieser Meinung eine etwas andere Richtung zu geben. Er veranlaßte insgeheim den Umlauf von Petitionen unter der Pommerschen Geistlichkeit, durch welche der König gebeten wurde, die Ehegesetzreform so durchzuführen, wie sie nach dem durch die Zeitungen bekannt gewordenen Entwurfe beabsichtigt sei. Die näheren Umstände dieser unter Benutzung des Königlichen Namens betriebenen Petitionsangelegenheit waren derartig, daß man nicht umhin konnte, Gerlach aus dem Ministerium und der Gesetzcommission zu entlassen. Die Entlassung erfolgte aber „in Gnaden" und mit Anwartschaft auf den nächsten sich erledigenden Chefpräsidentenposten.[119]) Sie erfolgte auch erst, nachdem der Entwurf mit Gerlach als Referenten seinen Weg durch Staatsministerium und Staatsrath gemacht und hier einige Umgestaltungen erfahren hatte.[120])

In der neuen Fassung vom April 1844[121]) waren nur noch fünf Scheidungsgründe unbedingt aufgehoben, nämlich: gegenseitige Einwilligung und eingewurzelter Widerwille (§§ 716—718), bloß verdächtiger Umgang gegen richterliches Verbot (§ 676), mangelnder Nachweis unbescholtenen Wandels der Frau (§ 687) und erst während der Ehe entstandenes Unvermögen und körperliche Gebrechen (§§ 696, 697)[122]). Dagegen wurden die anderen landrechtlichen Scheidungsgründe theils unbedingt, theils wenigstens bedingt aufrecht erhalten. Bedingt insofern, als wegen letzterer nur dann auf Scheidung erkannt werden sollte:

---

[119]) S. Stölzel, a. a. O., S. 543 ff. Auf Antrag von Savigny, „damit es nach außen hin nicht so aussehe, als sei Gerlach der von den öffentlichen Blättern hervorgehobenen, sehr entschiedenen Opposition unterlegen, welche Präsident Scheller ihm im Staatsrathe gemacht habe".

[120]) Im Mai 1844 trat Gerlach die Chefpräsidentenstelle in Magdeburg an.

[121]) Der vollständige Text steht bei von Savigny, Vermischte Schriften, Band 5, S. 386 ff.

[122]) In dem Entwurf von 1842 waren Raserei und Wahnsinn als Scheidungsgrund beseitigt. Hier sind sie in § 92 wieder als Scheidungsgrund zugelassen: „wenn seit der Rechtskraft der Wahnsinnigkeitserklärung ein Jahr verflossen, und alsdann nach dem Gutachten zweier sachverständiger Aerzte die Raserei oder der Wahnsinn für unheilbar zu achten ist".

Digitized by Google

„wenn das Ehegericht nach der besonderen Beschaffenheit des vorliegenden Falles die Ueberzeugung gewinnt, daß durch die Schuld des verklagten Theiles die Ehe in nicht minderem Grade zerrüttet worden sei, als durch Ehebruch oder bösliche Verlassung geschehen sein würde."

Als solche sog. relative Scheidungsgründe waren aufgeführt: Versagung der ehelichen Pflicht (§§ 694, 695), lebens- und gesundheitsgefährliche Mißhandlung (§ 699), grobe und widerrechtliche Ehrenkränkung (§ 700), Thätlichkeiten, Beschimpfung, Unverträglichkeit und Zanksucht, grobe Verbrechen, unordentliche Lebensart und Versagung des Unterhalts (§§ 702—713).

Was den dritten Abschnitt betrifft, so wurden die Strafvorschriften §§ 95—103, §§ 106—108 — mit Rücksicht auf die inzwischen eingeleitete Revision des Strafrechts — weiterer Berathung vorbehalten,[123]) dagegen in § 104 das gegen den schuldigen Theil auszusprechende Verbot anderweitiger Verheirathung (sog. tempus clausum) von 2 auf 3 Jahre ausgedehnt, jedoch mit Anrechnung der Trennungszeit, falls vorher gemäß § 76 auf Trennung von Tisch und Bett erkannt worden.[124])

Indessen erhielt schließlich, nachdem der Gesetzentwurf alle Stadien

---

[123]) von Savigny theilt in der Vorbemerkung zum Abdruck seiner „Darstellung" a. a. O. S. 223 mit, der im Beginn des Jahres 1848 zur Berathung des Gegenstandes in Berlin versammelte vereinigte Ausschuß habe die Strafvorschriften der Vorlage dahin abgeändert, daß die Strafen nur auf ausdrücklichen Strafantrag des Unschuldigen (der bisherigen preußischen Praxis entsprechend) und nicht vom Eherichter, sondern vom Criminalrichter ausgesprochen werden sollten.

[124]) Der § 76 (entsprechend dem § 75 des ursprünglichen Entwurfs) lautete: „Ehescheidungsklagen, welche nicht auf Ehebruch, bösliche Verlassung, Raserei oder Wahnsinn, grobe mit harter und schmählicher Zuchthausstrafe bestrafte Verbrechen oder darauf gegründet werden, daß der verklagte Theil dem klagenden nach dem Leben getrachtet habe, sind zwar nach den Bestimmungen der §§ 29—63 zu behandeln; es soll jedoch in solchen Processen nicht sofort auf Ehescheidung, sondern, wenn der Scheidungsgrund nach der Vorschrift der §§ 1. 2 zulässig und hinlänglich festgestellt ist, zuvor auf ein- bis zweijährige Trennung von Tisch und Bett erkannt werden." — Eine Ausnahme statuirte § 91 dahin, daß dem Ehegericht gestattet sei, sofort auf Scheidung zu erkennen, wenn der Mann der klagende Theil ist, und nach der besonderen Beschaffenheit des Falles der durch die vorläufige Trennung bewirkte Aufschub der Scheidung allzudrückende Folgen für seinen Hausstand, insbesondere für die Erziehung seiner Kinder haben würde, und zugleich zur Aussöhnung keine Hoffnung vorhanden ist.

Digitized by Google

durchlaufen, die Sache für jetzt doch noch einen den Wünschen Gerlachs und Savignys keineswegs entsprechenden Abschluß.

Auf Befehl des Königs wurden nämlich aus dem Entwurfe die das Verfahren betreffenden Bestimmungen ausgesondert und als Verordnung vom 28. Juni 1844 über das Verfahren in Ehesachen publicirt.[125])

In der von demselben Tage datirten, an das Staatsministerium gerichteten Cabinets-Ordre sagte der König:

> „Ich habe auf das Gutachten des Staatsraths die beifolgende, aus dem früheren Gesetzentwurfe über die Ehescheidungen ausgesonderte Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vollzogen, da Meiner ursprünglichen Absicht gemäß die Verbesserung des Verfahrens den Abänderungen der Ehescheidungsgründe und der rechtlichen Folgen der Ehescheidung vorangehen soll. Ueber diese Abänderungen will Ich zu seiner Zeit auch das Gutachten der Stände vernehmen. Zur gründlichen Vorbereitung des hierüber zu erlassenden Gesetzes sollen die Erfahrungen der Gerichte über die Erfolge des verbesserten Verfahrens in Ehesachen gesammelt werden und Mir von Zeit zu Zeit durch den Justizminister eingereicht werden. Ich werde nicht nur die gesammelten Resultate den Landtagen vorlegen lassen, sondern habe auch beschlossen, daß der vollständige, die Ehescheidungsgründe und die rechtlichen Folgen der Ehescheidung umfassende Gesetzentwurf mit den nach den Ergebnissen der Berathungen des Staatsraths abgefaßten Motiven zur Publicität gebracht werde. pp."

Wiewohl man nunmehr das Verfahren wesentlich verbessert hatte, und in den nächsten Jahren die Zahl der Ehescheidungen in mehreren Departements auf etwa Ein Drittel der früheren Zahl herunterging,[126]) war doch die Gefahr einer confessionellen Beeinflussung zum Nachtheil des Staatswohls in keiner Weise beseitigt, blieb vielmehr in vollem Umfange bestehen.

---

[125]) Ueber das Verfahren s. von Savigny, a. a. O., S. 308 ff. Es handelte sich namentlich um Verweisung der Ehesachen an die Obergerichte, Personificirung des öffentlichen Interesses in einem als dritte Partei zuzuziehenden Ehevertheidiger, Einführung der freien Beweiswürdigung und Ausschluß des Beweises durch Zugeständniß, Contumaz oder Eid, um Collusionen zu vermeiden.

[126]) S. Die Ehescheidungsfrage ꝛc. Berlin 1855, S. 14 Anm. 1. Vergl. dazu die Verhandlungen de 1857 S. 107 f. (Abg. Wentzel).

Digitized by Google

Sie beruhte auf der Hinneigung des sonst so hochbegabten und begeisterungsfähigen Königs zu mittelalterlicher Romantik und religiösem Mysticismus, welche ihn unheilvoller Beeinflussung in diesen Richtungen zugänglich machte[127]) und seine Wahl auf vom Standpunkte staatlicher Gesetzgebung wenig geeignete Personen hinlenkte. In dieser Beziehung verdient besondere Erwähnung die Unklarheit des Revisionsministers von Savigny, dessen bezügliche Aussprüche in den Motiven der späteren Gesetzesvorlagen von 1854, 1856, 1859 wiederholt abgedruckt und von dem die Vorlagen vertretenden Justizminister Simons in Bezug genommen wurden. Savigny erklärte namentlich, es sei „nicht nur möglich und wünschenswerth, sondern auch zur Erreichung des Zweckes ganz unentbehrlich ein freundlich übereinstimmendes Zusammenwirken mit der Kirche, welches um so wirksamer zur Ausführung gebracht werde, je mehr es gelinge, dem Gesetze selbst einen befriedigenden Inhalt zu geben".[128])

---

[127]) S. die Charakterschilderungen Friedrich Wilhelm's IV. in Biedermann, 1840—1870. Dreißig Jahre Deutsche Geschichte Bd. 1 S. 102 ff.; Bulle, Geschichte der neuesten Zeit Bd. 1 S. 194 f.; Stoelzel, Brandenburg-Preußen Bd. 2 S. 521.

[128]) Was unter „Kirche" und „befriedigendem Inhalt" zu verstehen, darüber gab Aufschluß die Waffenbrüderschaft mit Gerlach, sowie die persönlichen Ansichten des Königs und seiner Rathgeber. Die bezügliche Stelle in der „Darstellung ꝛc." lautet in von Savigny, Vermischte Schriften Bd. 5 S. 252 ff., vollständig wie folgt:

„Die hier vertheidigte strengere Ansicht in der Behandlung des ehelichen Verhältnisses steht unverkennbar in einer gewissen Verwandtschaft mit den Dogmen der verschiedenen Religionsparteien, die, bei aller Verschiedenheit im Einzelnen, dennoch darin übereinkommen, daß sie die Würde der Ehe zu erhalten und gegen Eingriffe der leichtsinnigen Willkür zu schützen suchen. Diese Betrachtung könnte leicht auf den Gedanken führen, der Inhalt der Ehegesetzgebung sei eben aus der kirchlichen Lehre über die Ehe zu entnehmen. Allein bei genauerer Erwägung muß dieser Gedanke gänzlich aufgegeben werden. Könnte man dieses auch noch im Allgemeinen bezweifeln, so würde es doch in jedem Staate, dessen Einwohner verschiedenen, gleichberechtigten Religionsparteien angehören, unbedenklich eingeräumt werden müssen. Denn die Aufnahme der katholischen Kirchenlehre in das bürgerliche Gesetz würde auf das völlige Verbot der Ehescheidung führen; die der protestantischen Kirchenlehre auf die Zulassung derselben, aber in bestimmten Grenzen. Hierin fände sich also schon ein entschiedener Widerspruch, der nur durch besondere bürgerliche Gesetze für beide Religionstheile beseitigt werden könnte, und dann wieder zu neuen Schwierigkeiten führen würde. Aber selbst damit wäre die Sache noch nicht zu Ende, vielmehr würde sich daran noch folgende neue Schwierigkeit knüpfen. Die Grenzen, in welchen nach der

Digitized by Google

In der Denkschrift ferner, mit welcher von Savigny im Jahre 1843 den Gerlach'schen Entwurf dem Staatsrath überreicht hatte, sagte er:

> „Das Eherecht gehört zu sehr der Kirche und der Sitte an, als daß es anders als aus der Entwickelung der Kirche und Sitte heraus, unter der bildenden Hand theologischer und juristischer Wissenschaft, zu einiger Vollendung gelangen könnte.“ [129])

---

protestantischen Kirchenlehre die Ehescheidung zuzulassen ist, sind nämlich nicht allgemein anerkannt. Zwar haben sich hierüber schon zur Zeit der Reformation gewisse Grundsätze ausgebildet, die durch Gesetze und durch die Praxis überwiegende Anerkennung gefunden haben. Allein in neuerer Zeit hat es auch dabei an Widerspruch nicht gefehlt, indem manche Schriftsteller ausgehend von einzelnen biblischen Stellen, ein weit strengeres Princip für die zulässige Ehescheidung aufgestellt und als das wahrhaft protestantische Prinzip angegeben haben. Ebenso ist es bekannt, daß in England ganz andere Grundsätze über die Ehescheidung gelten, als die, welche das protestantische Deutschland seit der Reformation anerkennt, und auch dadurch wird die Annahme eines gemeinen protestantischen Ehescheidungsrechts einer bedeutenden Beschränkung unterworfen.

Bei den gegenwärtigen Verhandlungen ist man allgemein, ohne allen Widerspruch, von der Ueberzeugung ausgegangen, daß die beabsichtigte Reform nicht auf eine bestimmte Kirchenlehre gegründet, sondern lediglich in dem Charakter eines bürgerlichen Gesetzes vorgenommen werden müsse. Es würde aber ganz irrig sein, diese Ueberzeugung so aufzufassen, als werde das zu erlassende Gesetz mit seinen Beweggründen und Zwecken, zu der Lehre der verschiedenen Religionsparteien in einem fremden und gleichgültigen, vielleicht gar in einem feindlichen Verhältniß stehen. Vielmehr hat es den allgemeinen Zweck, den Ernst und die Würde der Ehe mehr und mehr zur Anerkennung zu bringen, mit jenen Kirchenlehren gemein, und darum ist ein freundlich übereinstimmendes Zusammenwirken zu diesem Zweck auf dem Gebiet des bürgerlichen Gesetzes und auf dem der Kirche nicht bloß möglich und wünschenswerth, sondern auch zur Erreichung des Zwecks ganz unentbehrlich. Der Gedanke eines solchen Zusammenwirkens ist auch keineswegs neu, er ist vielmehr in zahlreichen Stellen des A.L.R. und der Gerichtsordnung ausgesprochen. Er wird aber um so leichter und wirksamer zur Ausführung gebracht werden, je mehr es gelingt, durch die beabsichtigte Reform dem Gesetze selbst einen befriedigenden Inhalt zu geben.“

[129]) Die Denkschrift, fährt fort: „Die evangelische Kirche aber, auf welche es hier hauptsächlich ankommt, ist nicht in dem Zustande, daß ein ihren Grundsätzen gemäßes vollständiges Eherecht aus ihr hervorgehen und in ihr Wurzel fassen

Digitized by Google

Auf diese unklaren, Theologie und Gesetzgebung, Kirche, Recht, Sitte und Sittlichkeit durcheinander werfenden Ausführungen wurde zur Rechtfertigung von Gesetzesvorlagen hingewiesen, welche keine andere Tendenz verfolgten, als die Gesellschaft wieder auf den Zustand zur Zeit der Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts zurückzuschrauben. Sie sollten beweisen, daß diese extrem-confessionellen Vorlagen von 1842, 1844, 1854, 1856 gleichwohl keinen andern Charakter hätten, als den eines bürgerlichen Gesetzes.

Ueber den augenblicklichen Mißerfolg im Jahre 1844 tröstete sich von Savigny damit, daß die materielle Reform unausgesetzt weiter verfolgt werden solle, und insofern die Proceßreform keine halbe Maßregel sei.[130])

Inzwischen war schon seit 1831 unter Führung des Pastors Otto von Gerlach, Bruders der Obengenannten, der bekannte Kampf der Geistlichkeit gegen das Landesgesetz entbrannt. Die erhöhte Kirchlichkeit hatte plötzlich Gewissensscrupel hinsichtlich der Wiederverheirathung Geschiedener erweckt, welche seit der Zeit der Reformatoren geschlummert, und eine Renitenz, an deren Möglichkeit die Verfasser des Preußischen Landrechts schwerlich gedacht hatten, welche jetzt aber, durch Zeitverhältnisse in's Leben gerufen, geradezu ermuntert und großgezogen wurde.

Zunächst hatten zwar das Consistorium und der Minister von Savigny sich auf Grund der §§ 22. 96. II, 11 Preußischen Landrechts dahin ausgesprochen, daß jeder evangelische Geistliche als der zur Verwaltung der Sacramente bestimmte Staatsbeamte zur Einsegnung der staatlich zulässigen Ehen verpflichtet sei, auch wenn die Scheidung seiner Ansicht nach den Worten der heiligen Schrift zuwider geschehe. — Aber die weitere Frage, ob gegenüber den um sich greifenden Trauungsweigerungen gegen Gerlach und Genossen im Disciplinarwege vor-

---

könnte. Aber auch die Sitte würde ein solches System nicht ertragen. Starrer Dogmatismus oder rücksichtsloses Zurückschrauben der Gegenwart in die Vergangenheit wäre keine Reform; man würde dadurch nicht helfen, sondern schaden, die Zeit würde wieder abschütteln, was sie nicht fassen kann. Die Eherechts-Reform muß von einer inneren sittlichen Macht getragen werden, und diese ist im gemäßigten und milden Ernste, der dem Geiste traut und Raum läßt, nicht aber im starren Rigorismus, der Alles von rücksichtslosem Zwange nnd harten Strafen erwartet, zu suchen."

[130]) S. v. Savigny, a. a. O. S. 346 f. Vergl. Stoelzel, Brandenburg-Preußen Bd. 2 S. 546f.

Digitized by Google

zugehen oder eine andere Lösung zu suchen sei, wurde verschieden beantwortet.[131])

Da erließ der König — übereinstimmend mit der Ansicht des Justizministers Uhden — unterm 30. Januar 1846 eine Cabinets-Ordre, in welcher er erklärte:

„daß von der Einführung einer bürgerlichen Nothehe für die Fälle, wo Geistliche der evangelischen Landeskirche aus Gewissensbedenken mit Rücksicht auf die Grundsätze des älteren protestantischen Kirchenrechts die kirchliche Trauung verweigern, zur Zeit Abstand genommen werde. Auch behalte es in Beziehung auf solche Trauungsverweigerungen vorläufig bei den gesetzlichen Vorschriften mit der Maßgabe sein Bewenden, daß gegen die einzelnen, die Trauung verweigernden Geistlichen bis auf Weiteres mit Zwangs- und Strafmaßregeln nicht vorzuschreiten sei. Für jetzt und bis die evangelische Kirche selbst wieder zu festen und klaren Grundsätzen über das Eherecht gelangt sein werde, und danach die bürgerliche Gesetzgebung reformirt werden könne, werde es die Aufgabe der Consistorien sein, in einzelnen Fällen weiterer Conflicte durch Ermahnung und Belehrung aus der heiligen Schrift, den Bekenntnissen und dem Kirchenrecht eine vermittelnde Einwirkung zu üben und die Gemeindeglieder gegen eine mißverstandene Auffassungsweise und gegen die Willkür der Geistlichen zu schützen, andererseits aber unter möglichster Rücksichtnahme auf den einmal vorhandenen bürgerlichen Rechtszustand die Würde und das Recht der Kirche zu wahren. Gelinge es auf diesem Wege nicht, eine Ausgleichung herbeizuführen, so könne alsdann den Umständen nach in Ertheilung unbedingter Dimissorialien Aushülfe gesucht werden".

---

[131]) Hierüber vom Standpunkte der renitenten Geistlichkeit ausführlich Dümichen: „Welche Stellung kann und soll der evangelische Geistliche zur Ehescheidung und Wiederverheirathung Geschiedener einnehmen"? Glogau 1855. Derselbe: „Die verschiedenen Ansichten über die Trauung geschiedener Personen pp.", Breslau 1856. Hier wird S. 5 berichtet, daß bei dem Prediger v. Gerlach allein bis 1845 sieben Weigerungsfälle vorkamen, und seine Berufung auf die Märkischen Kirchenordnungen von 1540 und 1573 vom Consistorium als unstatthaft angesehen wurde, weil jene Kirchenordnungen durch das Edict vom 17. November 1782 aufgehoben und außer Kraft gesetzt seien. Der Minister v. Uhden aber erklärte, die Weigerung sei kein Amtsvergehen im Sinne des § 325. II. 20 A.L.R., denn das Landrecht enthalte eine Lücke, insofern es nirgend vorschreibe, daß die Einsegnung jeder bürgerlich gültigen Ehe Amtspflicht der Geistlichen sei.

Digitized by Google

Hier wurde also klar und deutlich die Reform der bürgerlichen Gesetzgebung nach den Grundsätzen des Kirchenrechts als Ziel der Gesetzgebung hingestellt, zugleich aber in Erwartung dieser Reform es bei der Rechtlosigkeit der Unterthanen gegenüber der renitenten Geistlichkeit einstweilen belassen.

Bald darauf schien es freilich, als würde die vom Standpunkte des souveränen Staates und der königlichen Gewalt einzig mögliche Lösung von selbst herbeigeführt. Der Artikel 16 der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 bestimmte die Einführung der obligatorischen Civilehe für alle Confessionen der Monarchie.[132]) — Aber bei der Verfassungsrevision begnügte man sich, im Artikel 19 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 die Nothwendigkeit der Civilehe im Principe anzuerkennen, schob aber die Ausführung in's Ungewisse hinaus.[133])

Der König zog es vor, den Ausweg aus dem Labyrinthe im Worte Gottes und in den alten Kirchenordnungen zu suchen. Auf eine derartige Lösung wurde, um die Gunst der Zeit zu benutzen, auch kirchlicherseits mit aller Kraft hingearbeitet. Namentlich unterzog der siebente evangelische Kirchentag zu Frankfurt a. M. die Frage der Ehescheidung in seiner Sitzung vom 23. September 1854 einer tiefgehenden Erörterung, welche zu folgenden Beschlüssen führte.[134])

---

[132]) Der Art. 16 der octr. Verfassungsurkunde vom 5. Decbr. 1848 lautet: „Die bürgerliche Gültigkeit der Ehe wird durch deren Abschluß vor dem dazu bestimmten Civilstandes-Beamten bedingt. Die kirchliche Trauung kann nur nach Vollziehung des Civilacts stattfinden."

Zur Rechtfertigung bemerkte die Denkschrift des Ministers der geistlichen Angelegenheiten v. 15. Decbr. 1848: Der aus dem evangelischen Kirchenrechte entlehnte Grundsatz, daß die Ehe durch priesterliche Trauung vollzogen werde, könne nicht ferner aufrecht erhalten werden, weil der Staat die Begründung der Ehe, in welcher er selbst seine Wurzel hat, nicht mehr von der Mitwirkung der Religionsgesellschaften abhängig machen kann, auf welche ihm in Zukunft verfassungsmäßig kein positiver Einfluß mehr zustehen wird.

[133]) Der Art. 19 lautet: „Die Einführung der Civilehe erfolgt nach Maßgabe eines besonderen Gesetzes, was auch die Führung der Civilstandsregister regelt." Bei der Revision hatte sich die erste Kammer, nachdem Stahl und Uhden die Einführung der facultativen Civilehe vorgeschlagen, für unveränderte Beibehaltung des Art. 16 entschieden. In der zweiten Kammer dagegen gewann die Auffassung die Oberhand, es sei besser, sich nicht an die obligatorische Civilehe zu binden, vielmehr der Gesetzgebung ganz freie Hand zu lassen. Dem trat dann auch die erste Kammer bei. — S. von Rönne, Bearbeitung der Verfassungsurkunde, S. 45 ff.; derselbe, Staatsrecht der Preußischen Monarchie, Bd. 2, S. 166, Anm. 1.

[134]) S. Rendtorff, Verhandlungen des siebenten deutsch-evangelischen Kirchentages zu Frankfurt a. M., S. 54 ff., 65 ff.

Digitized by Google

I. Die Staatsregierungen des evangelischen Deutschlands sind zu ersuchen, daß sie die Wiederherstellung des Eherechts auf der ursprünglichen Grundlage evangelischer Ordnung, mithin die Aufhebung aller anderen gesetzlichen Scheidungsgründe, als der mit dem Worte Gottes und den Grundsätzen der Reformation vereinbaren, einleiten und mit höchstem Nachdrucke fördern wollen.

II. Die Träger des Kirchenregiments im evangelischen Deutschland sind zu ersuchen, daß sie die Ablehnung der anderweitigen Trauung solcher Personen, die wider Gottes Wort und die ursprünglichen Grundsätze der evangelischen Kirche geschieden worden sind, den Staatsregierungen gegenüber vertreten und damit zugleich dem geistlichen Amt der evangelischen Kirche zu einem übereinstimmenden Verfahren in dieser Angelegenheit helfen wollen.

So lagen die Verhältnisse, als nach zehnjähriger Pause der Justizminister Simons, um den Lieblingswunsch des Königs endlich zu erfüllen, die Reform des materiellen Eherechts wieder aufnahm.[135])

Der auf Grund Allerhöchster Ermächtigung vom 27. December 1854 den Kammern vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über Ehescheidungen (§§ 1—13) erklärte wiederum elf landrechtliche Scheidungsgründe für unbedingt aufgehoben; und zwar außer den fünf im Entwurfe vom April 1844 aufgehobenen noch ferner:

> Raserei und Wahnsinn (§ 698), Unverträglichkeit und Zanksucht (§ 703), Ergreifung schimpflichen Gewerbes (§ 707), wissentlich falsche Anschuldigung (§ 705) und Veränderung der Religion (§ 715).

Es blieben mithin nur unbedingt zulässig: vollendeter Ehebruch, bösliche Verlassung und Lebensnachstellung; ferner als relative Scheidungsgründe: Sävitien (§§ 699—702), grobe Verbrechen (§ 704), Gefährdung des Lebens, der Ehre, des Amts oder Gewerbes durch unerlaubte Handlungen (§ 706), unordentliche Lebensart (§§ 708—710) und Versagung des Unterhalts (§§ 711—713) dergestalt, daß wegen dieser

---

[135]) Wohl wissend, daß er damit einem Lieblingsplane des Königs entgegenkomme, übertrug er die Arbeit dem damaligen Oberstaatsanwalt Friedberg in Greifswald, welcher bereits im Frühjahr 1854 die abgeschlossene Arbeit einreichte und zu deren Weiterführung als vortragender Rath in das Justizministerium berufen wurde. — Stoelzel, a. a. O., Bd. 2, S. 708.

Digitized by Google

relativen Gründe auf Scheidung nur dann zu erkennen, wenn die Ehe dadurch nicht minder zerrüttet ist, als es durch Ehebruch oder böswillige Verlassung der Fall sein würde.

Sodann war in §§ 5—7 bestimmt, daß der Schuldige eine Gefängnißstrafe von 14 Tagen bis 4 Monaten resp. die Ehebruchsstrafe § 140 des St.G.B. vom 14. April 1851 verwirkt habe, Verzicht auf Bestrafung unzulässig sei, die Ehegerichte nach Eintritt der Rechtskraft behufs Bestrafung die Acten dem zuständigen Gerichte mitzutheilen haben, wenn aber der Scheidungsgrund ein Strafverfahren von Amtswegen begründe, der Ehescheidungsproceß bis zu dessen Beendigung ausgesetzt bleibe.

Der § 8 verordnete wiederum ein dreijähriges tempus clausum gegen den für schuldig Erklärten; § 9 wiederholte die Bestimmung der früheren Entwürfe, daß Dispensation von dem Ehehindernisse des Ehebruchs unzulässig sei.

Die zunächst zur Berathung berufene Commission des Herrenhauses nahm den Entwurf mit großer Befriedigung auf und schaltete noch Bestimmungen ein, nach welchen aus relativen Gründen nicht auf Scheidung, sondern nur auf Trennung bis zu drei Jahren erkannt werden sollte, wenn entweder dies beantragt wird oder dem Gericht die Ehe noch nicht genug zerrüttet erscheint. Auch sollte wiederholt auf solche Trennung geklagt bezw. erkannt werden können.

Die betreffenden §§ 12 bis 18 wurden indessen im Plenum des Herrenhauses beseitigt, auch die vorgeschlagenen verschärften Strafbestimmungen abgelehnt. — In der zweiten Kammer kam die Vorlage wegen Ablaufs der Sitzungsperiode für jetzt nicht mehr zur Berathung; sie wurde aber im Dezember 1856 wieder eingebracht und zwar mit Einschaltung ausführlicher Bestimmungen (§§ 3—16), nach welchen außer im Falle des Ehebruchs und böslicher Verlassung zunächst immer auf ein- bis dreijährige Trennung von Tisch und Bett erkannt werden, für die während der Trennungszeit von der Frau erzeugten Kinder aber die Vermuthung der Ehelichkeit fortfallen sollte.[136])

[136]) Nach den §§ 4 ff. sollten gegen Trennungsurtheile dieselben Rechtsmittel stattfinden wie gegen Scheidungsurtheile, und zwar mit Suspensivwirkung. Während der mit der Rechtskraft des Urtheils beginnenden Trennungszeit sollte der Geistliche die Sühne zu versuchen fortfahren. Der für schuldig oder mitschuldig erklärte Mann sollte zur Sicherstellung des Vermögens der Frau verpflichtet sein, Alimentation sowie Erziehung und Verpflegung der Kinder vom Ehegericht nach billigem Ermessen bestimmt werden. Das Ehescheidungsurtheil konnte nur beantragt werden binnen

Digitized by Google

Die Verhandlungen waren derartig, daß ein Redner sich veranlaßt sah, daran zu erinnern, daß das Haus keine Kirchenversammlung, sondern eine politische Versammlung sein solle. Das Staatsprincip wurde nicht sowohl von der Regierung als von einer kleinen Anzahl Abgeordneter, vor Allem von den Herren Wentzel, Lette und Graf Schwerin vertreten, welche die schleunige Einführung der Civilehe als einzige Abhülfe in der gegenwärtig ohnmächtigen Lage des Staates gegenüber den hierarchischen Parteien bezeichneten und den allerdings leichten Nachweis führten, daß die Vorlage nur dem Namen nach ein bürgerliches Gesetz, in Wirklichkeit nichts weiter sei, als der Ausdruck einer extrem orthodoxen Richtung innerhalb der evangelischen Kirche.

Diese das Panier der selbständigen Staatsgewalt hochhaltende Partei erklärte durch den Mund des Grafen Schwerin:

> daß sie der Vorlage ein principielles Nein entgegensetzen müsse für heute und für immer, um nicht den Preußischen Staat in seinem Lebensnerv zu verletzen, nämlich in der Selbständigkeit seiner Gesetzgebung, der Gleichheit seines bürgerlichen Rechts.[137])

In der That war eine eminente Gefahr für den Staat dadurch herbeigeführt, daß in Folge freiwilliger Selbstverleugnung der Staats-

---

der nächsten drei Monate nach Ablauf der Trennungszeit. Dann sollte nach fruchtlosem Ausfall des abermaligen Sühneversuchs der Eherichter zwar den Thatbestand des Trennungsurtheils als feststehend ansehen, jedoch nach dem gesammten Inbegriff der Verhandlungeu und Beweise erkennen, ob nunmehr dem Antrage auf Ehescheidung stattzugeben sei.

Den § 3 der Regierungsvorlage milderte die Commission dahin, daß auf ein- bis dreijährige Trennung nicht erkannt werden solle, sondern nur erkannt werden könne, und auch dies nur bei den relativen Scheidungsgründen (§ 2), falls nach Ermessen des Ehegerichts bei zeitweiliger Trennung eine Versöhnung zu hoffen sei.

[137]) S. Verhandlungen de 1857, S. 483. In Beantwortung einer Aufforderung Wageners, frei von der Leber weg zu sprechen, sagte (a. a. O. S. 168) Graf Schwerin: „Die Gefahr, die dem Preußischen Staate jetzt droht, ist die, daß eine bestimmte Auffassung von der Lehre und dem Glauben der Kirche sich in die Staatsgesetzgebung einzudrängen sucht, sie zu beherrschen strebt; daß diese Partei, an sich klein in der evangelischen Kirche, aber durch die Gunst der Umstände gestützt und gehoben, in diesem Augenblicke zu einer Machtentwickelung gekommen ist, die, wenn man ihr nicht Einhalt thut, den Preußischen Staat und seine Gesetzgebung zu zermorschen und zu verderben droht."

Digitized by Google

regierung die Kreuzzeitungspartei einerseits, die katholische Partei andererseits derselben vollständig über den Kopf gewachsen waren.[138])

Das große Wort führten für erstere Gerlach und Wagener, für letztere Mallinckrodt, Rhoden und Reichensperger; erstere mit übermüthiger Siegesgewißheit,[139]) letztere fest entschlossen, die ganze Vorlage zu Falle zu bringen, falls es nicht gelänge, die gegenwärtige Ohnmacht der Staatsgewalt in kirchlicher Beziehung zur gänzlichen Befreiung der Katholiken von der weltlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen zu benutzen.

Diese Forderung war auch offenbar weit berechtigter, als die Prätention von Gerlach und Genossen, ihre eigene extrem confessionelle Auffassung der Gesammtheit des Staats als allgemein verbindliches Gesetz aufzwingen zu wollen.

Der Kreuzzeitungspartei ging übrigens die Vorlage noch lange nicht weit genug; sie betrachtete dieselbe nur als Abschlagszahlung. Wagener und Gerlach beantragten:

1. die relativen Scheidungsgründe (§ 2) als solche gänzlich zu streichen;

---

[138]) In einer Ende April 1889 (Vossische Zeitung Nr. 195, 197, 199) erschienenen Lebensbeschreibung des Wirklichen Geheimen Oberregierungsraths Herrmann Wagener wird von diesem, welcher „Viceengel" bei den Irvingianern war, behauptet, „daß er im Bunde mit Stahl und Gerlach den König unausgesetzt mit Bibelsprüchen zu benebeln wußte, bis der Nebel nicht mehr zu verscheuchen war". Dies muß dahingestellt bleiben. Bemerkenswerth ist aber, daß die Genannten selbst in der parlamentarischen Debatte ihren gewohnheitsmäßigen Mysticismus nicht verleugneten. So sprach Gerlach im Abgeordnetenhause (Verhandlungen de 1857 S. 120) von der Ehe als „geheimnißvollem Vor- und Abbilde der christlichen Kirche"; Wagener nannte die Ehe (ebenda, S. 150 f., 158): „Abbild der göttlichen Liebesgemeinschaft mit der Menschheit", „Mysterium der Einheit des Geistes auf dem natürlichen Wunder der Einheit des Fleisches". — Dergleichen war freilich Gift für einen wie Friedrich Wilhelm IV. veranlagten Geist. Im Spätsommer 1857 — wenige Monate nach Ablehnung der in Rede stehenden Vorlage — traten bei dem Könige die Spuren der Geisteskrankheit unverkennbar hervor. — Bulle, Geschichte der neuesten Zeit, Bd. 2, S. 353.

[139]) Auf Art. 15 der Verfassungsurkunde hindeutend, erklärte Wagener (Verhandlungen de 1857, S. 302) den Gegnern im Abgeordnetenhause, die nunmehr thatsächlich gewordene Selbständigkeit der Kirche werde ihnen in Kürze noch mit viel mehr Ernst und Bestimmtheit entgegentreten. Falls sie die jetzige Vorlage nicht annähmen, werde bald etwas viel Schlimmeres — oder vielmehr Besseres — kommen. „Ich glaube" — fügte er hinzu —, „daß die Action und Strömung auf diesem Gebiete so wirksam und lebendig ist, daß es niemals einer politischen Legislative gelingen wird, ihr auf die Dauer Widerstand zu leisten."

Digitized by Google

2. die Ehescheidung außer bei Ehebruch und böslicher Verlassung gänzlich auszuschließen.[140])

Diese dem katholischen Standpunkt der Unauflösbarkeit der Ehe als Sacrament ganz nahe kommenden Anträge wurden von den staatstreuen Abgeordneten treffend gekennzeichnet.

„Ihre Devise" — rief von Prittwitz den Antragstellern zu — ist nichts weiter als Aufrechterhaltung jeder Ehe um jeden Preis." Er machte den Abgeordneten Wagener, welcher von dem Eroberungszuge gesprochen hatte, welchen zur Zeit die katholische Kirche gegen die evangelische mache, darauf aufmerksam, daß ja er selbst in Gefahr sei: „mit offenen Armen und verbundenen Augen nolens volens dem Feinde entgegenzulaufen".

Indessen wären alle solche Warnungen, sowie der Hinweis auf das dem Staate durch die Machtentwickelung der „kleinen, aber mächtigen Partei" drohende Verderben vergeblich gewesen, wenn nicht dieser Partei die Katholiken in weit stärkerer Position gegenübergestanden hätten. In ihrer Hand lag das Schicksal der Vorlage. Dies fühlten auch der Minister Simons und die Regierungspartei sehr wohl, und sie waren deshalb fortwährend bemüht, in allen Tonarten den Beweis zu führen, daß die Katholiken ohne Gewissensbedenken für die Vorlage stimmen könnten, ja sogar stimmen müßten.[141])

Darauf antworteten die Katholiken mit folgenden Anträgen:[142])

Principaliter (Antrag Rhoden): daß die Bestimmungen des Gesetzes auf Ehesachen der Katholiken keine Anwendung

---

[140]) Im Anschlusse an den von der Commission gestrichenen § 3 der Regierungsvorlage, nach welchem bei nicht auf Ehebruch oder böswillige Verlassung gegründeten Ehescheidungsklagen nicht sofort auf Scheidung, sondern auf ein- bis dreijährige Trennung erkannt werden sollte, lautete das Amendement Wagener, es solle in diesen Fällen überhaupt nicht auf Scheidung erkannt werden, sondern nur auf Trennung von Tisch und Bett. — Verhandlungen de 1857 S. 318 ff., 357.

[141]) Graf Schwerin machte (Verhandlungen 1857 S. 481) auf das fortwährende Liebäugeln der Vertheidiger des Gesetzes mit der katholischen Fraction aufmerksam, worauf Gerlach (ebenda S. 505) entgegnete: „Ich liebäugle nicht mit der katholischen Kirche, sondern ich liebe sie." — In der That waren die Anschauungen und Tendenzen der Partei Gerlach dem protestantischen Volksbewußtsein vollständig fremd. Ebenso hatte man auch im Volke für die Anschauungen des Königs kein Verständniß, weshalb — durch den intimen Verkehr mit dem katholischen Herrn von Radowitz scheinbar bekräftigt — die Vermuthung auftauchte, der König sei heimlich zum Katholicismus übergetreten.

[142]) S. Verhandlungen de 1857, S. 236 ff., 514, 529.

Digitized by Google

finden, diese vielmehr an die geistlichen Gerichte verwiesen werden sollten.

Eventualiter (Antrag Reichensperger): die Königliche Staatsregierung zu ersuchen, vorerst die gesetzlichen Organe der katholischen und der protestantischen Kirche über den Gesetzentwurf zu vernehmen.

Diese Anträge wurden abgelehnt. Darauf stimmte die Mehrzahl der katholischen Abgeordneten gegen das ganze Gesetz und brachte es dadurch zu Falle.

So waren zwar die „Eroberungszüge" der extrem kirchlichen Parteien gegen den Staat in Folge gegenseitiger Eifersucht für diesmal abgewendet. Aber die Unterthanen hatten keinen Vortheil davon. Denn der König erließ auf Bericht des Ober-Kirchenraths als Inhaber des Kirchenregiments am 8. Juni 1857 eine Cabinets-Ordre dahin, daß

1. die Geistlichen angewiesen werden sollten, von allen Fällen, in denen bürgerlich geschiedene Ehegatten die kirchliche Einsegnung einer anderen Ehe verlangen, dem Consistorium Anzeige zu machen;
2. die Consistorien aber sollen, vorbehaltlich des Recurses für den sich beschwert fühlenden Theil an den Evangelischen Ober-Kirchenrath, über die Zulässigkeit der Trauung nach den Grundsätzen des christlichen Eherechts, wie solches im Worte Gottes gegründet ist, zu entscheiden haben.[143])

---

[143]) Der Eingang der Cabinets-Ordre lautete:

„Ihnen, dem Staats-Minister von Raumer, und dem Evangelischen Ober-Kirchenrathe ist bekannt, daß nach meiner Ueberzeugung eine völlig correcte Behandlung der Ehescheidungssachen durch die Kirche erst dann möglich sein wird, wenn dieselbe durch die Gestattung der bürgerlichen Ehe auch für solche Personen, welche aus der Landeskirche nicht ausgeschieden sind, gänzlich von allen menschlichen Rücksichten befreit sein wird. Die Kirche kann dann das Schriftwort in vollster Strenge zur Anwendung bringen, ohne daß zerstörende Conflicte zu besorgen sind, weil es den geschiedenen Personen möglich ist, eine Ehe ohne den kirchlichen Segen einzugehen. Dann wird der Zeitpunkt eintreten, in welchem das Kirchenregiment unter dem Bekenntniß der langen und schweren Verirrungen der evangelischen Kirche das reine Schriftwort wieder als das unabänderliche, nicht zu dehnende und zu deutende Gesetz der Kirche proclamiren kann. Dieser Zustand ist in dem gegenwärtigen Augenblicke noch nicht erreicht. Ich will aber, daß nicht bis zum Erlaß eines die bürgerlichen Ehen regulirenden Gesetzes gewartet werde, ohne daß etwas zur Herbeiführung eines besseren Zustandes geschieht."

Digitized by Google

So hatte also Herr Wagener mit vollem Rechte während der Berathung im Abgeordnetenhause höhnisch ausgerufen: „Alle Scheidungsgründe helfen Ihnen nichts, so lange Sie die kirchliche Trauung festhalten!“ [144])

In der That war das Verhältniß zwischen Staat und Kirche auf dem Gebiete der Eheschließung jetzt vollständig umgekehrt. Während sich bis 1831 der Gehorsam der evangelischen Geistlichen gegen das Staatsgesetz von selbst verstanden hatte,[145]) war seitdem die Frage aufgetaucht, ob Gewissensbedenken, welche den einzelnen Geistlichen zu einer Trauungsweigerung thatsächlich veranlaßten, ihn entschuldigen und vor der Strafe des Amtsvergehens schützen könnten? Diese Frage war in der Cabinets-Ordre vom 30. April 1846 bejaht. — Jetzt aber war es der Monarch selbst, welcher den Geistlichen die durch das Landesgesetz gebotenen Trauungen geradezu untersagte, indem er ihnen Berichterstattung an die vorgesetzte Behörde und dieser Entscheidung lediglich nach dem Worte Gottes zur Pflicht machte. —

Die um diese Zeit zum Ausbruch kommende Geisteskrankheit des Königs führte endlich einen Regierungswechsel herbei, welcher für den innerlich zerrütteten Staat den Beginn eines wenn auch langsamen

---

[144]) Verhandlungen de 1857 S. 302. — Es ist hier auf die eigenthümliche Stellung der Staatsregierung zu den Art. 15 und 19 der preußischen Verfassungsurkunde aufmerksam zu machen. Beide Artikel enthielten nur Principien, welche zu ihrer Realisirung organischer Gesetze bedurften; nämlich Art. 15, betreffend die selbständige Verwaltung der kirchlichen Angelegenheiten durch die evangelische Kirche, setzte eine evangelische Kirchenordnung, Art. 19, betreffend die Einführung der Civilehe, ein Civilstandsgesetz voraus. Ueberdies aber war bis zum Inkrafttreten des letzteren Gesetzes die kirchliche Trauung keine kirchliche Angelegenheit, wie sie die Stelle der Civiltrauung vertrat. Dessenungeachtet wurde der Art. 15 als bereits in Kraft befindlich behandelt durch Abhängigmachung des bürgerlichen Rechts vom Befinden der kirchlichen Behörden.

[145]) Zu Gunsten der katholischen Geistlichen bestimmte der Anhangsparagraph 287 der Allgemeinen Gerichts-Ordnung, daß dieselben bei erfolgter Wiederverheirathung nicht angehalten werden könnten, einem geschiedenen Katholiken die Sacramente zu verabreichen, wie ihnen auch nicht zugemuthet werden könne, eine einzugehende Ehe durch Trauung zu vollziehen. Dies sollte auf Scheidung klagenden katholischen Eheleuten bei Einleitung des Processes bekannt gemacht werden. — In der Commission des Abgeordnetenhauses (Verhandlungen 1857, S. 63 f.) wurde ein Antrag gestellt, die Trauungsweigerungen der evangelischen Geistlichen förmlich zu sanctioniren durch die Bestimmung, daß der Anhangsparagraph 287 auch auf evangelische Eheleute und evangelische Geistliche Anwendung finde. Der Antrag wurde gegen 2 Stimmen abgelehnt.

Digitized by Google

Heilungsprocesses in Aussicht stellte. Der von der kleinen, aber mächtigen Partei bis dahin durch Spione überwachte Prinz von Preußen übernahm nach dreimal dreimonatlicher Stellvertretung im October 1858 die Regentschaft mit der Erklärung, daß in kirchlichen Dingen letzthin viel vergriffen sei; wobei er nicht mißzuverstehende Andeutungen machte auf die überall, wo es nur möglich, zu entlarvende Heuchelei und Scheinheiligkeit einer Orthodoxie, welche die Religion zum Deckmantel politischer Bestrebungen mißbraucht.

Aber selbst bei dem lebhaftesten Gefühl für die Würde und für die Bedürfnisse des Staates, wie es an höchster Stelle nunmehr vorhanden war, konnte eine Besserung nur nach und nach eintreten.[146])

---

[146]) Am 10. Februar 1859 eröffnete der Prinz-Regent dem evangelischen Ober-Kirchenrathe — mit Bezug auf die im Gange befindliche gesetzliche Regelung —, er habe mit Befriedigung wahrgenommen, wie der Ober-Kirchenrath schon bisher in seinen Recurs-Entscheidungen der Pflicht der Mäßigung und Besonnenheit eingedenk gewesen, welche die Rücksicht auf die vorhandene Uebergangsperiode, auf die Lage des Staates und auf die Verschiedenheit der Meinungen in der Kirche selbst erheischte. Es sei jedoch öffentliche Aussprache der zu befolgenden Grundsätze den einer anderen (strengeren) Richtung folgenden Konsistorien gegenüber nöthig, um dem zu zahlreichen Immediatbeschwerden Veranlassung gebenden Zwiespalt der Entscheidungen abzuhelfen. — Zugleich wurde im Anschluß an die Ordre vom 8. Juni 1857 angeordnet, daß künftig die Konsistorien Trauungsgesuche zwar genehmigen könnten, falls sie aber die Genehmigung nicht ertheilen wollten, sich der Entscheidung zu enthalten und dem Ober-Kirchenrathe Bericht zu erstatten hätten.

Diesem Allerhöchsten Auftrage entsprechend erfolgte am 15. Februar 1859 ein Circularerlaß des Ober-Kirchenraths an die Konsistorien, in welchem ihnen ein Leitfaden mit folgenden Worten in die Hand gegeben wurde: „Als zuerst im Jahre 1852 die Wiedertrauungsfrage an uns herantrat, handelte es sich um einzelne besonders hervorstechende Fälle, welche ihre Entscheidung in sich selbst trugen, und daher die Streitfrage über das Princip des Scheiderechts kaum hervortreten ließen. Später jedoch, als das Bewußtsein von der Differenz zwischen dem bürgerlichen Recht und den Forderungen der auf Gottes Wort gegründeten evangelischen Sitte sich mehr und mehr verbreitet hatte, und die Weigerungsfälle sich mehrten, hatten wir die Pflicht, die Ehescheidungsfrage im Zusammenhange zu erwägen, und eine Linie für unser amtliches Verhalten festzustellen. Als solche wurde uns vielfach, in amtlichen Schriften, in Versammlungen der Geistlichen und in der Presse jener Grundsatz dargeboten, welcher unter Berufung auf den Befehl in der heiligen Schrift und auf die Ordnungen der Kirche den Kreis der Scheidegründe auf Ehebruch und Desertion im engsten Verstande beschränken will. Und wiederum trat uns eine andere Richtung entgegen, die sich auch im Gehorsam unter das Wort Gottes beugt, aber in diesem nicht ein Gesetz, sondern ein Princip findet, das auf die Verhältnisse des Lebens mit Weisheit und Milde, zur Erhaltung der Heiligkeit der Ehe, aber auch zur Rettung der Personen und zum Schutze des Rechtes

Digitized by Google

Die consequent großgezogene, jetzt nicht so schnell zu beseitigende Ueberwucherung kirchlicher Anmaßungen zeigte sich noch deutlich in der Schüchternheit, Schwäche und Principlosigkeit, mit welcher die nächste, — nunmehr endlich die Einführung der seit 1848 verfassungsmäßigen Civilehe anstrebende — Gesetzesvorlage den kirchlichen Parteien gegenübertrat.

Der von den Ministern Simons und von Bethmann-Hollweg laut Ermächtigung des Regenten vom 15. Februar 1859 dem Landtage vorgelegte Entwurf handelte in Titel 1 von Eheschließungen, in Titel 2 von Ehescheidungen. Man hoffte die Zustimmung wenigstens zu einer Art nothdürftiger Civilehe dadurch zu erreichen, daß man als Aequivalent dafür wesentliche Beschränkung des Ehescheidungsrechtes bot,[147]) ohne jedoch auf die sonstigen Bestimmungen der früheren Entwürfe, betreffend die an Stelle der Scheidung zu setzende Trennung von Tisch und Bett, das tempus clausum, die Strafverfolgung von Amtswegen und dergleichen, wieder zurückzukommen.

Nach Tit. 1, § 1 blieb die priesterliche Trauung regelmäßiges Erforderniß zur bürgerlichen Rechtsgültigkeit der Ehe; § 2 fügte hinzu, die Ehe könne auch vor dem Richter geschlossen werden, „wenn die priesterliche Trauung versagt worden ist, oder die Brautleute erklären, dieselbe nicht in Anspruch nehmen zu können."

angewendet werden soll. Von diesen beiden Grundauffassungen haben wir uns im Hinblicke auf den Gang der Geschichte und auf die Zustände der Gegenwart in Staat und Kirche, nach langer und ernster Erwägung der letzteren anschließen zu müssen geglaubt. Demnach haben wir bei den von uns erlassenen Recurs-Entscheidungen festgehalten, daß es in der Regel nur die Verschuldung ist, welche das Band der Ehe zu lösen gestattet. Aber wir haben die Verschuldungen, denen diese Kraft innewohnt, nicht auf Ehebruch und Desertion beschränkt, sondern wir haben, den Maaßstaab des göttlichen Wortes anlegend, auch andere Verschuldungen als Scheidegründe gelten lassen, wenn sie sich als Zeichen eines gänzlichen Vergessens feierlich beschworener Pflichten und als die Ursachen einer unheilbaren Zerrüttung der Ehe erweisen. Dagegen jenen nach dem Landrecht zulässigen Scheidegrund der Willkür, des einseitigen heftigen Widerwillens und des Einverständnisses bei ganz kinderloser Ehe —, haben wir niemals anerkannt, und einig sind wir schließlich darüber gewesen, daß es ein ganz besonderer Fall sein müsse, in welchem der einem christlichen Gemüthe nicht minder unverständliche Scheidegrund des Unglücks — der Krankheit des Leibes oder der Seele — sollte als ein zulässiger Nothbehelf angesehen werden können." — Verhandlungen de 1859 S. 533 f.

147) Vollkommen zutreffend von dem Abgeordneten von Rosenberg-Lipinsky bezeichnet als ein „unbenannter, vielleicht auch unbewußter Contract do ut des oder facio ut facias." — Verhandlungen de 1859 S. 390.

Digitized by Google

Der materielle Reformvorschlag (Tit. 2, §§ 13, 14) schloß sich an den Entwurf vom April 1844 mit der Abweichung, daß zu den dort aufgehobenen Scheidungsgründen Versagung der ehelichen Pflicht und Unverträglichkeit und Zanksucht hinzugefügt, dagegen diese beiden Gründe sowie Ergreifung schimpflichen Gewerbes (§ 707) bei den relativen Scheidungsgründen weggelassen waren.

Im Vordergrunde des Interesses stand die endliche Einführung der in der Verfassung verheißenen Civilehe; genauer ihre Ausdehnung dahin, daß der Gebrauch des gesetzlichen Rechtes zur Wiederverheirathung nicht mehr erkauft zu werden brauche durch gezwungenen Austritt aus der Landeskirche.[148])

In beiden Häusern des Landtages wurden die schreienden, durch die kirchliche Auflehnung herbeigeführten Nothstände sowohl seitens der Minister Simons und von Bethmann-Hollweg und des Commissars (späteren Justizministers) Friedberg als von einer Reihe staatstreuer Abgeordneten[149]) mit unermüdlicher Beredsamkeit dargelegt. In ausführlicher Vorführung der Conflictgeschichte wurde namentlich hervorgehoben: wie bis zum Jahre 1854 die nur in geringer Zahl vorkommenden Trauungsweigerungen durch Ertheilung allgemeiner Dimissorialien ausgeglichen worden seien, seit 1854 aber in Folge principiell entgegengesetzter Auffassung der Kirchenbehörden die Weigerungen von Jahr zu Jahr zunahmen, bis durch die Ordre vom 8. Juni 1857 das Ermessen des einzelnen Geistlichen, die Trauung für zulässig zu befinden, überhaupt beseitigt wurde. Seitdem hätten die Conflicte in steigender Progression sich vermehrt derartig, daß im letztverflossenen Jahre (1858) 2000 Trauungsweigerungen vorgekommen, von denen

---

[148]) Bis dahin war man zum Austritte gezwungen, um die Wiederverheirathung zu ermöglichen auf Grund des Gesetzes vom 23. Juli 1847, § 12, nach welchem die Ehen von Dissidenten durch Eintragung in das gerichtliche Register bürgerlich gültig wurden.

[149]) Ausgezeichnet namentlich Dr. Eckstein, Dr. Simson, Gneist, Jonas, Duncker, von Fock, von Roenne, Dr. Scheller und von Rosenberg. Dr. Eckstein wies (Verhandlungen 1859, S. 267 f.) namentlich die geschichtsfälschenden Darstellungen zurück, als sei die — durch das angeblich religionslose Preußische Landrecht zur Eheform erhobene — priesterliche Trauung seit 18 Jahrhunderten bestehendes Recht. — Dr. Simson (Verhandlungen 1859, S. 291) bemerkte: „Es sei anderweitig dafür gesorgt, daß die Religion, welche weder Theologie noch Kirchengeschichte sei, der Menschheit und unserem Volke nicht abhanden komme; dagegen sehr zu bezweifeln, daß sie irgendwie und irgendwo durch Anmaßung und Zelotismus empfohlen werden könne".

Digitized by Google

etwa 1000 durch anderweitige Einsegnung erledigt,[150]) 1000 in völlig ungeordneter Weise — mit entsprechender Vermehrung „wilder Concubinate" — stehen geblieben seien.[151])

Die Debatten gaben ein gegen früher wesentlich verändertes Bild. Im Jahre 1857 hatten die Vertreter zweier extrem-kirchlichen Richtungen sich in eifersüchtigem Kampfe gegenüber gestanden und das Schicksal der Vorlage entschieden.

Gegenwärtig waren es die beiden Häuser des Landtages, welche eine wesentlich verschiedene Stellung einnahmen.

Das Herrenhaus war ganz bereit, die Ehescheidung auf's Aeußerste zu beschränken und auf diesem Wege — rein äußerlich durch Rechtsbeschränkung — eine Verminderung der Trauungsweigerungen herbeizuführen. Dagegen verwarf es in jeder Form die — katholischerseits als durch Gesetz geordnetes Concubinat bezeichnete[152]) — Civilehe. Vergebens bemühte sich eine kleine Minorität, wenigstens eine Civil-Nothehe (ähnlich wie im Regierungsentwurfe) zur Annahme zu bringen.[153])

Im Abgeordnetenhause dagegen war nicht nur die Nothwendigkeit der Einführung der Civilehe im Allgemeinen von vorn herein anerkannt, — „weil der Staat seinen bedrängten Unterthanen die Ehe schuldig sei als das einzig wahrhaft menschenwürdige Verhältniß zwischen Mann und Weib;[154]) — sondern es wurde auch die Civil-Nothehe in jeder Form als unwürdig verworfen, weil sie nur den Nothstand eines der Kirche gegenüber ohnmächtigen Staates documentiren würde.

Eine starke Staatsgewalt habe vielmehr die zwei sich bekämpfenden Kirchen mit starkem Arm zusammenzuhalten.[155]).

---

[150]) In Folge sog. milderer Praxis des Ober-Kirchenraths als Rekursinstanz gegenüber den Consistorien. S. oben Anm. 146.

[151]) Justizminister Simons in Verhandlungen 1859, S. 229 f., 318 f.

[152]) Diesen starr katholischen Standpunkt vertrat im Abgeordnetenhause von Mallinckrodt in Verhandlungen 1859, S. 161. Vgl. auch ebenda S. 207. Er erklärte die Civilehe für einen an und für sich unmöglichen Weg zur Herstellung einer wahren Ehe, weil jedes Staatsgesetz, welches die Ehe auf anderer als kirchlicher Grundlage aufbaue, seinem inneren Wesen nach wirkungslos sei. — Ebenso Rohden das. S. 286.

[153]) Antrag von Zander: Verhandlungen 1860, S. 90, 130 ff., 271. Der Antragsteller erklärte, daß allein consequent vom Standpunkt des Gesetzgebers die obligatorische Civilehe sei.

[154]) Abgeord. Simson in den Verhandl. 1859 S. 294.

[155]) Abgeord. Gneist ebenda S. 213.

Digitized by Google

Dabei wurde mit nicht mißzuverstehender Deutlichkeit der staatsfeindliche Standpunkt der klerikalen Heißsporne gekennzeichnet als „eine kirchliche Richtung, welche die Ehe von der Höhe ihres allgemein menschlich-sittlichen Standpunktes herunterziehe in die trübe Sphäre der Dogmatik, — welche das Christenthum weniger verehrt wegen seiner hocherhabenen Ethik, als um es zum Tummelplatz pfäffisch-theologischer Zänkereien zu machen.[156])

Der von dieser Seite in den verschiedensten Tonarten variirte Spruch: „man solle Gott mehr gehorchen, als den Menschen" wurde — namentlich von dem Minister von Bethmann-Hollweg und dem Abgeordneten Gneist — als „kirchliches Aufruhrswort" gekennzeichnet, mit welchem der Fanatismus Geistlichkeit und Volk zur Auflehnung gegen die Staatsautorität aufrufe.[157])

Schließlich wurde der Regierungsentwurf im Abgeordnetenhause, wie er von der Commission abgeändert war, angenommen, nämlich mit der Abänderung in Tit. 1, daß die bürgerlich gültige Ehe sowohl durch Trauung als durch Erklärung vor dem Richter[158]) begründet werden, also die Civilehe facultativ sein sollte; in Tit. 2, daß Unverträglichkeit und Zanksucht (§ 703) nicht wegfalle, sondern als relativer Scheidungsgrund beibehalten werde.

Dabei erklärte eine Anzahl Abgeordneter in einer besonderen Abstimmungsmotivirung,[159]) daß sie durchdrungen seien von der Ueberzeugung, nur die obligatorische Civilehe könne den zwischen Staat und Kirche eingetretenen Conflict durchgreifend beseitigen, und daß sie für die facultative Civilehe nur stimmten, weil für die obligatorische ein neuer Gesetzentwurf mit organischen Einrichtungen würde hergestellt werden müssen, die Lösung des unerträglich gewordenen, zur Demoralisation führenden Conflicts aber nicht hinausgeschoben werden dürfe.

---

[156]) Worte des Abgeord. von Saenger in Verhandlungen 1859, S. 432 f.

[157]) S. Verhandlungen 1859 S. 217, 256, 280, 316.

[158]) Nämlich nach § 9 durch Bejahung der vom Richter — in Gegenwart zweier großjähriger männlicher Zeugen — an die Brautleute gerichteten Frage: ob sie sich fortan als zu einer wahren Ehe verbunden erklären und die damit verknüpften Pflichten getreulich zu erfüllen geloben? — Verhandlungen 1859 S. 105, 485 f.; 1860, S. 4, 349.

[159]) Verhandlungen 1859 S. 476 f. Zu den Unterzeichnern gehörten von Ammon, Grabow, Jonas, von Hoverbeck, Harkort, von Saucken-Julienfelde und Diesterweg.

Digitized by Google

Der Namens der katholischen Abgeordneten auch dies Mal wiederholte Antrag Rohden: die Ehesachen der Katholiken an die geistlichen Ehegerichte zu verweisen zur Erledigung nach den Grundsätzen des katholischen Kirchenrechts — wurde abgelehnt als unverträglich mit dem § 1 der Verordnung vom 2. Januar 1849, welche die geistliche Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten aufgehoben und die Ehesachen vor die ordentlichen Gerichte verwiesen hatte.[160])

Im Herrenhause gelangte zwar der Gesetzentwurf in der Sitzungsperiode von 1859 nicht mehr zur Berathung; aber die Commission des Herrenhauses hatte in ihrem Bericht die Ablehnung der Civilehe befürwortet. Und als in der Sitzungsperiode von 1860 die Staatsregierung den vom Abgeordnetenhause im Jahre vorher angenommenen Gesetzentwurf im Herrenhause einbrachte, nahm dieses die Ehescheidungsbeschränkungen an, lehnte dagegen die Civilehe gänzlich ab.[161])

Das Abgeordnetenhaus beharrte zwar bei seinen Beschlüssen von 1859, indem es zugleich die beiden Titel des Gesetzes für untrennbar erklärte;[162]) aber das Herrenhaus beschloß abermals die Ablehnung des die Einführung der facultativen Civilehe bezweckenden Abschnitts des Gesetzes, dagegen Annahme des die Ehescheidung erschwerenden Titels unter Aufrechterhaltung seiner früheren Beschlüsse. Auch ein Antrag, wenigstens die Civil-Nothehe einzuführen, blieb in der Minorität.[163])

Sonach war der Versuch der Staatsregierung, den schreienden Nothständen des Staats Abhülfe zu verschaffen, an dem Widerstande des Herrenhauses gescheitert, trotzdem die Nothwendigkeit dieser Abhülfe sowohl vom Regierungstische aus als aus der Mitte der Volksvertretung auf das Nachdrücklichste und Unwiderleglichste nachgewiesen worden war.

Nach diesen Erfahrungen wurde von der Staatsregierung auf weitere Schritte zunächst verzichtet. Dagegen erfolgten nunmehr seit 1861 Anträge aus der Mitte des Abgeordnetenhauses, welche die Einführung der obligatorischen Civilehe bezweckten, namentlich Anträge von Aßmann und Genossen 1861, 1862, sowie Anträge von Löwe und Eberty 1867, 1868 und 1868, 1869, durch welche die Regierung aufgefordert wurde, den Artikel 19 der Verfassungsurkunde durch

---

160) Verhandlungen 1859 S. 442 ff., 469.

161) Verhandlungen 1860 S. 315. S. auch von Roenne, Preußisches Staatsrecht, Bd. 1 S. 166 f., Anm. 2

162) Verhandlungen 1860 S. 402.

163) Verhandlungen 1860 S. 443, 492, 498.

Digitized by Google

Vorlage eines die Einführung der Civilehe regelnden Gesetzes zur Ausführung zu bringen. Diese Anträge gelangten nicht zur Berathung im Plenum.

Dagegen beschloß in der Sitzungsperiode 1869, 1870 das Abgeordnetenhaus aus Anlaß einer Petition nach eingehender Verhandlung, der Staatsregierung gegenüber zu erklären, daß den betreffenden Beschwerden nur durch Einführung der Civilehe abgeholfen werden könne.

Nunmehr hatte sich auch die Staatsregierung überzeugt, daß die allgemeine Einführung der obligatorischen Civilehe ein nicht länger abzuweisendes Bedürfniß sei. Dieselbe wurde für die ganze Monarchie mit Ausnahme des Bezirks des Appellationsgerichtshofs zu Cöln und des Gebiets der ehemaligen freien Stadt Frankfurt eingeführt durch das Gesetz über „die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließung" vom 9. März 1874, an dessen Stelle demnächst das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 getreten ist.[164])

§ IV. Resultate.

Erwägen wir die Entstehung und den Verlauf der soeben dargestellten nachlandrechtlichen Reformperiode in Preußen, so hätte man ein Anknüpfen an dieselbe von den Verfassern des Entwurfs nicht gerade erwarten sollen.

Jedenfalls aber muß bei richtiger Würdigung jenes geschichtlichen Vorganges diese Anknüpfung als verfehlt erscheinen. Denn jener Vorgang war — wie bereits im § II am Ende angedeutet — nichts Anderes als eine durch die Zusammenwirkung bestimmter Persönlichkeiten beschleunigte Krisis in dem Verhältnisse zwischen Staat und Kirche, in dem Processe der allmählichen Verselbständigung der Staatsgewalt und der staatlichen Gesetzgebung.

Die äußeren Erscheinungen waren Uebergriffe der religiösen Bewegung auf das staatliche Gebiet, Auflehnung der Geistlichkeit gegen

---

164) Ueber die seit 1872 beim Deutschen Reichstage wiederholten Anträge auf Einführung der obligatorischen Civilehe von Voelk und Hinschius sowie die sonstige Vorgeschichte des Reichsgesetzes s. von Roenne, Deutsches Staatsrecht Bd. 1, § 18, III, und Hinschius, Commentar zu dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875, Einleitung S. 12 ff. — Vergl. auch desselben Commentar zu dem preußischen Gesetz vom 9. März 1874, Einleitung S. 7 ff.

Digitized by Google

das Staatsgesetz einerseits, vorübergehende Verleugnung und Verkennung der Grundlagen bürgerlicher Gesetzgebung andererseits.

Die Ergebnisse für den preußischen Staat waren: ein wesentlich verbessertes Verfahren in Ehesachen, Ablehnung der Civil-Nothehe, Einführung der obligatorischen Civilehe.

Aber schon unter der Regentschaft (1859) hatte die kirchliche Angriffs-Bewegung ihren Gipfelpunkt überschritten. Der damalige Gesetzentwurf machte ihr — wie wir gesehen haben — nur noch mäßige Concessionen, und diese nur unter der Voraussetzung der Bewilligung der facultativen oder wenigstens einer nothdürftigen Civilehe als Gegenleistung.

Nachdem aber die Voraussetzung solcher Concessionen mit der unbedingten Einführung der obligatorischen Civilehe weggefallen, war der Versuch einer Anknüpfung an jene Bewegung kaum noch von kirchlicher Seite zu erwarten, sicherlich aber nicht behufs Aufstellung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland indicirt.[165])

Der Entwurf ist denn auch in der That nicht, — wie die Motive S. 567 behaupten, — eine Fortentwickelung der den Preußischen Entwürfen zu Grunde liegenden Principien, sondern er ist eine Mittelposition, welche im Wesentlichen als Rückschritt auf den kirchlich-bürgerlichen Standpunkt von Savignys bezeichnet werden darf.[166])

---

[165]) Derselben Ansicht ist Hinschius: Das Personenrecht der Ehegatten im Entw., im Arch. für civil. Prax., Bd. 74 (1889), S. 85, indem er es für verfehlt erklärt, was bei der damaligen, besonders gearteten Sachlage in Preußen zur Beseitigung anomaler Verhältnisse geschehen ist, als mustergültige Norm für völlig andere Zeiten hinzustellen. — Es sei dies umsomehr verfehlt, als in Verbindung mit der angebahnten Loslösung des Eherechts von confessioneller Bestimmtheit die protestantischen Landeskirchen in den deutschen Staaten ein besonderes kirchliches Trauungsrecht ausgebildet haben, wogegen das bürgerliche Gesetz die realen wirthschaftlichen und socialen Verhältnisse zu regeln hat. „Da die protestantischen Landeskirchen jetzt ebenso, wie längst die katholische Kirche, in der Lage sind, mit ihren kirchlichen Mitteln die protestantische Auffassung von der Ehe und von der Scheidung gegenüber den ihnen zugehörigen Gliedern zur Geltung zu bringen, so ist die staatliche Gesetzgebung heute jedenfalls principiell von der Rücksichtnahme auf konfessionelle Anschauungen entbunden."

[166]) Vergl. oben § III, Anm. 127, 128. Man vergleiche auch mit dem Entw. den daselbst, Anm. 145, mitgetheilten Erlaß des Evangel. Ober-Kirchenraths vom 15. Februar 1859, in dem bereits Ehescheidung wegen „Unglücks" — für ganz besondere Fälle — offen gehalten wird, um der vom Prinzregenten eingeschärften Pflicht „der Mäßigung und Besonnenheit" zu genügen. — Zu registriren ist, daß Kloeppel in Rassow-Küntzel, Beiträge, Bd. 33 (1889) S. 90, in dem Entwurfe

Digitized by Google

Ein Standpunkt aber, welcher im Jahre 1843 wenigstens erklärlich war, wenn er auch trotz günstiger Verhältnisse keinen Erfolg erringen konnte, erscheint heute in weit ungünstigerem Lichte, nachdem die staatliche Gesetzgebung durch die Civilehe volle Selbständigkeit erlangt hat, und nachdem etwaige Besorgnisse wegen Mißbrauchs und laxer Anwendung des materiellen Ehescheidungsrechts durch das nunmehr in Geltung befindliche Official-Verfahren beseitigt sind.

Unter diesen Umständen lag für die Verfasser des Entwurfs die dringendste Veranlassung vor, nicht an jene verfehlten Gesetzentwürfe anzuknüpfen, deren Ablehnung uns heute noch als Abwendung einer ernstlichen Gefahr von dem Preußischen Staatswesen mit Dank gegen die Vorsehung erfüllt; sondern vielmehr anzuknüpfen an jene materielle Preußische Gesetzgebung, welche trotz aller leidenschaftlichen, von Haß, Verleumdung und Entstellung der geschichtlichen Thatsachen keineswegs frei gebliebenen Angriffe, trotz aller Stürme unerschüttert stehen geblieben war.

Die im § III Abschn. 1 gegebene Darstellung dieser Gesetzgebung — namentlich des Edicts vom 17. November 1782 und des sich — mit wenigen vereinzelten Abweichungen — demselben anschließenden, bei veränderter Fassung im Einzelnen, doch von demselben Geiste beseelten A.Pr.L.R.'s hat den überzeugenden Nachweis geliefert, daß hier ein wahrhaft bürgerliches — ohne theologische Hintergedanken lediglich vom staatlichen Gesichtspunkte ausgehendes — Ehegesetz aufgestellt war.

Wir haben gesehen, wie Friedrich der Große mit aller Energie den Uebergriffen der Geistlichkeit, ebenso aber auch einer auf Mißverstand beruhenden Leichtigkeit der Ehescheidungen, sobald sie sich zeigte, unverzüglich entgegengetreten ist; wie er die überlegteste Vorsicht in Behandlung der Ehesachen unter Anführung aller derjenigen Gründe eingeschärft hat, welche auch noch heute — vom Standpunkte bürgerlicher Gesetzgebung — für ein strenges Ehescheidungsrecht angeführt werden können.

— abgesehen von dem ihn nicht befriedigenden Desertionsproceß — eine glücklichere Lösuug der vielbestrittenen Ehescheidungsfrage findet, als in einer der geltenden Gesetzgebungen. Dies hängt aber damit zusammen, daß Kloeppel die Ehesachen nicht als reine Justizsachen ansieht, vielmehr zu einer Art geistlicher Gerichtsbarkeit zurückkehren will. Er wirft nämlich S. 93 die Frage auf, ob es nicht zweckmäßig sei, behufs Feststellung der Ehezerrüttung den Richter mit den nächsten Angehörigen unter Zuziehung des Seelsorgers zu einem besonderen Ehegerichte zusammentreten zu lassen? Auf solchen Wegen vermögen wir nicht zu folgen.

Digitized by Google

Auch die Verfasser der Motive haben in dieser Richtung durchaus nichts Besseres anzuführen vermocht, als was in der Einleitung zum Edict vom 17. November 1782[167]) zu lesen ist. Dagegen haben sie durch Einflechtung religiöser Anklänge das Grundprincip des bürgerlichen Rechts verdunkelt.

Die einschlagenden Bestimmungen des Edicts sind, damit man sich selbst von der Richtigkeit des Gesagten überzeuge, im Anhange wörtlich abgedruckt. Die veränderte Fassung der entsprechenden Paragraphen des A.L.R. — von welcher bereits oben S. 161 die Rede war — giebt durchaus keinen Anlaß, diesem von demselben Verfasser herrührenden Gesetzbuche einen anderen Geist, andere Tendenzen unterzuschieben.

Es war der unschätzbare Vorzug dieser Gesetzgebung, daß sie auf dem klaren Grundgedanken der unbedingten Selbständigkeit der staatlichen Gesetzgebung auch im Eherechte beruhte und denselben consequent durchgeführt hatte. Die Verfasser des Entwurfs hätten diesen Vorzug als solchen erkennen und eben deshalb dem Entwurfe die Bestimmungen des A.L.R. zu Grunde legen sollen, vorbehaltlich einzelner etwa für erforderlich erachteter Abänderungen.

Statt dessen zeigt sich bei ihnen kein Bewußtsein davon, daß für einen deutschen Gesetzgeber der Gegenwart in der Materie des Ehescheidungsrechts die Abwendung von den Grundsätzen Friedrichs des Großen und Svarez's,[168]) um sich für den Standpunkt des Königs Friedrich Wilhelms IV. und von Savigny's zu entscheiden,[169]) einen enormen Rückschritt bedeutet.

Allerdings fehlte dem landrechtlichen Eherecht zweierlei, um seine Anwendung im Geiste des Gesetzgebers dauernd zu sichern. Zunächst ein zweckmäßig geordnetes Officialverfahren, um gegen Simulationen und Gesetzumgehungen seitens der Parteien im Eheprocesse ge-

---

[167]) S. oben § III Anm. 99 und im Anhange.

[168]) Vergl. den Aufsatz von Svarez über das Verhältniß von Kirche und Staat im Just.Min.Bl. 1875 S. 37 f., 40.

[169]) Man erinnere sich wie Savigny in seinen Denkschriften von 1843 und 1844 das übereinstimmende Zusammengehn mit der Kirche für unentbehrlich erklärte und allen Ernstes meinte: das Eherecht gehöre so sehr der Kirche an, daß es nur unter der bildenden Hand theologischer und juristischer Wissenschaft zu einiger Vollendung gelangen könne. S. oben S. 171 f.; wie ferner der König Friedrich Wilhelm IV. in der Ordre vom 30. April 1846 erklärte, die bürgerliche Ehegesetzgebung nach den Grundsätzen der Kirche reformiren zu müssen. Vergl. über den unlösbaren Widerspruch in den Aeußerungen von Savigny die Rede des Abgeordneten Wentzel in Verhandl. 1857 S. 110.

Digitized by Google

sichert zu sein. Diesem Mangel hatte schon das Edict von 1782 in §§ 29—39 abzuhelfen sich bestrebt. Demnächst waren Friedrich Wilhelm III. im Jahre 1833 und Friedrich Wilhelm IV. in der Ordre vom 28. Februar 1842 auf die Nothwendigkeit, vor allem das Eheproceßverfahren zu verbessern, zurückgekommen. Die von Letzterem am 28. Juni 1844 erlassene Verordnung enthielt bereits im Wesentlichen die nothwendigen Verbesserungen, und gegenwärtig ist in dieser Beziehung durch die Vorschriften der C.P.O. Buch VI Abschn. 1 (S. oben § I Anm. 2) allen Anforderungen genügt.

Der zweite sehr wesentliche Mangel bestand darin, daß das „religionslose" A.L.R. die Eheschließung von der priesterlichen Trauung als Solennitätsform abhängig gemacht hatte.[170]) Dies Verhältniß, vermöge dessen die Kirche den Staat bei Begründung des wichtigsten von ihm zu ordnenden Rechtsverhältnisses vertritt, konnte nicht von Dauer sein. Die Lösung mußte früher oder später durch eintretende Collisionen herbeigeführt werden.

In Preußen wurde sie — wie wir gesehen haben — durch immer mehr um sich greifende Auflehnung der Geistlichkeit nach zwanzigjährigem Kampfe im Jahre 1874 herbeigeführt, nachdem schon Friedrich Wilhelm IV. in der Ordre vom 8. Juni 1857 die Gestattung der bürgerlichen Ehe — wenngleich gewiß nicht freudigen Herzens — hatte in Aussicht stellen müssen.[171])

Nachdem durch das Reichs-Civilstandsgesetz vom 6. Februar 1875 die Staatssouveränität im Eherechte zum Abschlusse gekommen, konnte nicht das geringste Bedenken mehr obwalten, auch für das bürgerliche Gesetzbuch des Deutschen Reiches das Eherecht nicht bloß dem Namen, sondern der Sache nach rein bürgerlich zu gestalten.

In dieser Beziehung war das soeben genannte Reichsgesetz aber auch deshalb von entscheidender Wichtigkeit, weil erst durch dieses

---

[170]) Wiederholt ist auf die eigenthümliche Erscheinung aufmerksam gemacht worden, daß die katholische Kirche bei voller Beherrschung des Eherechts keine religiöse Eingehungsform besitzt, die protestantische Kirche dagegen eine specifisch kirchliche Form der Eheschließung geschaffen hatte bei einem der staatlichen Gesetzgebung unterworfenen Eherecht. — S. z. B. Hinschius, Comment. zum Reichsges. v. 6. Febr. 1875 Einl. S. 4.

[171]) Dies geschah mit Rücksicht auf Art. 19 d. Verfassg.Urkd. S. oben § III Anm. 133, 142. — In der Cab.-Ordre vom 30. Januar 1846 (oben S. 174) hatte der König „zur Zeit von der Einführung einer bürgerlichen Nothehe Abstand genommen."

Digitized by Google

der für das bürgerliche Gesetz allein maßgebende Charakter der Eheschließung als vertragsmäßige Begründung eines den Ehezwecken[172]) gewidmeten Rechtsverhältnisses rein und unverfälscht zum Ausdrucke kommt, was auf den früheren Entwickelungsstufen nicht der Fall gewesen war.

1. Die katholische Kirche hatte die Consenserklärung der Nupturienten, Mann und Frau sein zu wollen (consensus nuptialis), als perfekten Vertrag anerkannt, ihm aber einen über den rechtlichen Inhalt hinausgehenden religiösen Inhalt (Sacramentscharakter) einseitig beigelegt. In Folge der passiven Assistenz des Geistlichen sind die katholischen Nupturienten außer Stande, den beabsichtigten bürgerlichen Vertrag einzugehen, ohne damit zugleich eine die Unauflöslichkeit des Bandes involvirende Religionshandlung vorzunehmen.

2. Bedenklicher noch ist die der protestantischen Kirche eigenthümliche Eheschließung durch priesterliche Trauung. Hier ist der Abschluß der Ehe durch consensus nuptialis überhaupt ausgeschlossen. Die bürgerliche Ehe kann nicht als eine durch ihren Zweckinhalt begrenzte Lebensgemeinschaft eingegangen werden, sondern nur als ein in der Person des Priesters Gott gegenüber abgelegtes Versprechen, schlechthin bis zum Tode ungetrennt zu bleiben.

Zwei in jeder Beziehung grundverschiedene Acte, das unbegrenzte religiöse Versprechen und der durch die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzes begrenzte Treuvertrag sind zu untrennbarer Einheit ununterscheidbar verschmolzen; letzterer ist in dem ersteren aufgegangen, die bürgerliche Ehe als solche verschwunden.

Vom Rechtsstandpunkte lösen sich zwar theoretisch diese Verwickelungen durch die Erwägung, daß die durch das bürgerliche Gesetz begrenzten Verpflichtungen die allein bürgerlich wirksamen bezw. erzwingbaren sind, die darüber hinausgehenden dem Rechtsgebiete überhaupt nicht angehören.

Die Vermischung beider Gebiete aber ist practisch ein sehr ernster Uebelstand, weil sie erfahrungsmäßig zu Collisionen und zu Uebergriffen der Kirche Veranlassung giebt. — Es entsteht der Wunsch, sich zur Erzwingung religiöser Verpflichtungen und Gebote weltlicher Zwangsmittel bedienen zu können; man bedenkt nicht, daß durch diese die Religion entsittlicht, entwürdigt, sich selbst entfremdet wird.

---

[172]) S. oben § I Anm. 29—32.

Digitized by Google

Um diesen Wunsch verwirklicht zu sehen, muß dann die bürgerliche Gesetzgebung durch agitatorische Auflehnung genöthigt werden, sich den Grundsätzen der Kirche gemäß zu reformiren.

3. Als einziges Mittel zur definitiven Beendigung dieses für beide Theile unersprießlichen Zustandes erscheint die obligatorische Civilehe, durch welche — der Verschiedenheit ihres Inhaltes entsprechend — die getrennten Lebensgebieten angehörigen Acte auch äußerlich in für Jedermann erkennbarer Weise auseinander gehalten werden. Der bürgerliche Act wird in Ausübung eines unveräußerlichen, staatlich geschützten Rechtes vorgenommen vor der staatlich dazu bestellten Urkundsperson durch die Erklärung: die Ehe, — d. h. das als solche im bürgerlichen Gesetzbuche fixirte Rechtsverhältniß, — miteinander eingehen zu wollen; — vollständig getrennt von dem vor dem Priester zu leistenden religiösen, rechtlich wirkungslosen Gelöbniß, in Treuen bei einander Zeitlebens ausharren zu wollen, gegen die Zusicherung, dafür auch der Wohlthat des kirchlichen Segens theilhaftig zu werden.

Schon ehe dieser langersehnte Abschluß der Sturm- und Drangperiode des Eherechts für den preußischen Staat erreicht worden war, hatten bei den parlamentarischen Debatten staatstreue Abgeordnete in ebenso würdiger als nachdrücklicher Weise das Allg. Preußische Land-Recht gegen die oben § III Abschn. 2 bereits besprochenen Angriffe in Schutz genommen.

Namentlich war mit Recht hervorgehoben worden, das Landrecht habe in § 669 Th. II Tit. 1 den Cardinalsatz aufgestellt, daß Ehescheidung nicht anders als aus sehr erheblichen Gründen stattfinde; andererseits gehe es aber mit Recht davon aus, daß der Staat die Scheidung zu gewähren verpflichtet sei, wenn die Ehe in Wahrheit unglücklich und zerrüttet, ihre sittliche Bedeutung dahin, ihre Fortdauer nur noch eine Sklavenkette sein würde, mit der getrennte Seelen zusammengeschmiedet bleiben.[173])

Die Vertheidiger des Landrechts fügten hinzu: bekanntlich seien die Verfasser dieses Gesetzbuchs sehr ernste, von Frivolität weit entfernte Männer gewesen, welche niemals verkannt hätten, wie in der Würde und Heiligkeit der Ehe die höhere sittliche Stellung des weiblichen Geschlechts, ein rechtschaffenes Familienleben, die gute Erziehung der Kinder ihre wesentliche Stütze haben: daß es aber auch andererseits weder dem Staate nützlich, noch der Sittlichkeit förderlich sei, ein Verhältniß durch

[173]) v. Roenne in den Verhandl. 1859 S. 409 f.

Digitized by Google

äußeren Zwang zusammenzuhalten, welches in seinem inneren Wesen gänzlich zerrüttet, nur noch dem Namen nach bestehe. Daher habe das Landrecht überall nach den äußerlich erkennbaren Kriterien gesucht, welche auf die innere Zerrüttung mit Sicherheit schließen lassen, und dabei fast überall das Richtige getroffen.[174])

Es wurde auch auf die Cabinetsordre vom 8. Mai 1798 hingewiesen, welche Friedrich Wilhelm III. an den Verfasser der Allg. Gerichtsordnung und des Allg. Landrechts, seinen Lehrer Svarez, richtete, als dieser auf dem Sterbebette lag, und in welcher er denselben also anredet:

> „Ihr, den ich als den Schöpfer dieser unvergänglichen Denkmale der Weisheit und Gerechtigkeit meiner Vorfahren in der Regierung betrachte, werdet in diesen Euren Werken noch für die späteste Nachkommenschaft leben, die Euer Andenken im Genuß der wohlthätigen Folgen derselben segnen wird.[175])

Wer die Bestimmungen des Landrechts vorurtheilsfrei in's Auge fasse, der werde in allen den Angriffen, daß es „lax" oder „religionslos" sei, daß es „auf der untersten Stufe der Sittlichkeit stehe" nichts weiter sehen, als banale Phrasen oder böswillige Uebertreibungen fanatischen Hasses gegen das „bürgerliche" Gesetzbuch, zumal das Landrecht erweislich nur solche Scheidungsgründe aufgenommen, welche schon vorher in der Praxis des protestantischen Ehescheidungsrechts, — wenn auch nicht überall oder unbestritten, — anerkannt worden.[176])

---

[174]) Abgeord. Wentzel in d. Verhandl. 1857 S. 105 f. Abgeord. Graf Schwerin ebenda S. 108.

[175]) Abgeord. Dr. Scheller in d. Verhandl. 1859 S. 264. Vergl. auch Stoelzel, Svarez S. 434 f.

[176]) S. hierzu die Schrift von Eichhorn: Prüfung des Beweises, daß für jeden Ehescheidungsgrund des A.L.R. sich Rechtslehrer des gem. protest. Eherechts finden (1843). — Wir begnügen uns hier, auf Brückner, Decisiones juris matrimonialis 1672 zu verweisen, da dieser Schriftsteller maaßgebenden Einfluß auf die weitere Entwickelung ausgeübt hat und im 18. Jahrhundert ungemein häufig als Autorität citirt wurde. Er erkannte als Ehescheidungsgründe an: Desertion, Flucht wegen Kapitalverbrechen, Landesverweisung, hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, unheilbaren Wahnsinn, furor cum malitia conjunctus, abortus procreatio, widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes, unerträgliche Mißhandlung und Insidien. Außerdem stellte er die allgemeine Regel auf, daß in allen Fällen, wo eine längere Trennung von Tisch und Bette nutzlos verstrichen, die gänzliche Scheidung zu gewähren sei. Die sich daran anschließende Dissertation von J. F. Kayser

Digitized by Google

Schlimmstenfalls könnten nur einige wenige Bestimmungen des Landrechts einer Abänderung bedürfen, weil sie mit den allgemeinen Grundsätzen nicht ganz harmonirten oder durch ihre Fassung zu Mißverständnissen Anlaß geben könnten.[177])

Schließlich wurden die unwiderlegt gebliebenen Sätze aufgestellt, daß es Aufgabe des Gesetzgebers sei, die deutsche Ehe rein zu erhalten, nicht Unsittlichkeit und Laster in der Ehe zu conserviren, daß es nicht darauf ankomme, ob Ehen häufiger oder seltener geschieden werden, sondern daß innerhalb der Ehen Sittlichkeit walte[178]); daß Untrennbarkeit die Ehen weder glücklich noch besser macht, als sie ohnedies sein würden, für das Volkswohl und die Sittlichkeit die Scheidungsbefugniß in richtigen Grenzen ein Segen ist; daß schließlich sittlich bessere Zustände als im Gebiete des A.L.R. in anderen Ländern nicht nachweisbar seien, am allerwenigsten in den Ländern der untrennbaren Ehen.[179])

Wir halten dafür, daß diese Sätze eine Widerlegung nicht zu fürchten haben, daß ferner, um die richtigen Grenzen des Ehescheidungsrechts zu bestimmen, nicht Ideale, sondern die wirklich vor-

---

de jure principis evangelici circa divortia 1715 führte als Ehescheidungsgrund außerdem noch gottloses Leben, unversöhnliche Feindschaft und ansteckende Krankheit auf, indem sie mit Recht davon ausging, daß die Ehe von Natur ein negotium civile humanum sei, welches thatsächlich ad mutuum adjutorium et sobolis procreationem eingegangen werde. S. Richter, Beiträge zur Gesch. d. Ehescheid.-Rechts (1858) S. 69 ff. Buchka, Das mecklenburg. Ehescheidungsrecht (1885) S. 22 f.

177) In diesem Sinne namentlich Gneist und v. Roenne in den Verhandl. 1859 S. 395 und 410.

178) S. namentlich Abgeord. v. Fock in den Verh. v. 1859 S. 396 f. 400 f. Als Gegenstück wurden art. 230 des code civil angeführt, nach welchem die Ehefrau kein Recht auf Scheidung wegen Ehebruch hat, außer „lorsque le mari aura tenu sa concubine dans la maison commune." Wunderbar ist es doch in der That, daß die Vertheidiger des Untrennbarkeitsdogmas, immer nur mit der geringern oder größern Zahl der Ehescheidungen beschäftigt, die Zahl, resp. das Anwachsen oder Abnehmen der unglücklichen, unsittlichen, skandalösen Ehen mit Stillschweigen übergehn. Es erinnert dies an Strafanstalten früherer Zeit, in welchen man dem Sterben und Zugrundegehn der Insassen in der Anstalt ruhig zusah, dagegen in Aufregung gerieth, wenn es einem Unglücklichen gelang, durch Flucht sein Leben zu retten.

179) S. namentlich v. Fock in den Verhandl. v. 1859 S. 400 f. — Combier, ein beredter Vertheidiger der indissolubilité du mariage, sagt in seinem Essai sur le Divorce. Paris 1881 S. 424 aufrichtig genug von denjenigen, welche die Wiedereinführung der Ehescheidung in Frankreich befürworteten: „Ils font un tableau effrayant de l'état du mariage en France et nous ne pouvons malheureusement les contredire sur ce point."

Digitized by Google

handenen socialen und wirthschaftlichen Zustände in's Auge gefaßt werden müssen, innerhalb deren das Recht auf Selbsterhaltung, auf Gründung und Bestand der Familie nicht als Gnadengeschenk, sondern als unveräußerliches Menschenrecht anzuerkennen und zu verwirklichen ist.

Zu diesem Behufe entnehmen wir einer Besprechung des Entwurfs folgende zu einem anderen Zwecke aufgestellte Charakterisirung der heutigen Gesellschaftsklassen.[180])

1) „In den vornehmen Bevölkerungsschichten, zu welchen man die Geburts-, Finanz- und Beamtenaristokratie, sowie auch das höhere Bürgerthum zählen kann, ist die Ehegattin kaum mehr, als ein anmuthiges Decorationsstück. An der Berufsthätigkeit ihres Mannes und an der häuslichen Arbeit nimmt sie persönlich fast gar keinen Antheil. Ja selbst die Erfüllung ihrer intimsten Mutterpflichten, das Säugen und die Aufziehung ihrer Kinder in den ersten Lebensjahren pflegt sie auf Frauen der besitzlosen Volksklassen abzuwälzen."

2) „Wesentlich anders gestaltet sich die Lage bei den mittleren Classen, zu welchen die unteren Schichten des Bürgerthums und die höher qualificirten Arbeiter zu rechnen sind. Hier wirft die Gattin regelmäßig nicht nur ihr Vermögen, sondern auch ihre Arbeit in die Ehe ein, indem sie die häuslichen Dienste verrichtet und auch an der Berufsthätigkeit des Mannes in größerem oder geringerem Maße theilnimmt."

---

[180]) Dr. A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksclassen in Heinr. Braun's Archiv für sociale Gesetzgebung und Statistik Bd. 1 (1889) S. 42 f. In dieser eigenartigen Beurtheilung des Entw. wird zwar S. 9 ausgesprochen, daß derselbe dem A.Pr.L.R. gegenüber einen entschiedenen Rückschritt bedeute, das Ehescheidungsrecht aber S. 28, 30 f. ausnahmsweise gebilligt, weil die besitzlosen Volksclassen „kein Interesse haben, die Festigkeit der Ehe durch allzugroße Ausdehnung der Scheidungsgründe zu erschüttern. Denn die Familie sei in unserer Zeit die einzige Gemeinschaft, in welcher Gefühle der Brüderlichkeit und Hingebung praktisch bethätigt werden". Demzufolge wird die im Texte wiedergegebene Classification von Menger nicht etwa benutzt, um Abänderung der Ehescheidungsnormen zu verlangen, sondern vielmehr um S. 32 die Verkehrtheit der Bestimmungen (§§ 1283 ff. 1333) nachzuweisen, nach welchen die nur für ganz enge Lebenskreise (die Aristokratie und die Begüterten) passende Form des ehelichen Güterrechts, die Verwaltungsgemeinschaft bei jeder Ehe Anwendung findet, sofern die Ehegatten nicht durch notariellen oder gerichtlichen Ehevertrag ein anderes Eherecht erwählen; was zur Folge habe, daß auf die dürftigen Ehen der armen Leute, für welche allein die Gütergemeinschaft paßt, ohne Weiteres das eheliche Güterrecht der Geheimräthe und Millionäre Anwendung finde.

Digitized by Google

3) „Bei den besitzlosen Volksclassen endlich werfen die Ehegatten zumeist nur ihre Arbeit in die Ehe ein. Das Vermögen, welches sie sich etwa zubringen, ist regelmäßig geringfügig und einem raschen Verbrauche unterworfen. Während aber die Thätigkeit der Gattin bei den höheren und selbst bei den mittleren Schichten der Bevölkerung hinter der Arbeit des Mannes beträchtlich zurücktritt, ist die Frau dem Manne in der dürftigen Ehe in dieser Richtung mindestens ebenbürtig. Nicht nur, daß die häusliche Arbeit vollständig der Gattin obliegt, sondern es ist auch eine ganz gewöhnliche Erscheinung, daß sie außerdem noch für sich eine besondere Berufsthätigkeit ausübt." —

Natürlich gehen die hier im Allgemeinen charakterisirten Classen vielfach in einander über, und in nicht seltenen Einzelfällen trifft die Beschreibung nicht ganz oder überhaupt nicht zu. Immerhin ist es unleugbar, daß die oberste Classe gegenüber den mittleren und den besitzlosen Classen eine verschwindende Minderheit bildet, deren Verhältnisse für den Gesetzgeber nicht allein maßgebend sein dürfen, wenn er auch ebensowenig ihre besonderen Bedürfnisse unberücksichtigt lassen darf. — Für diese verschwindende Minderheit ist nun allerdings das Ehescheidungsrecht, wie auch in den Debatten der preußischen Kammern geltend gemacht wurde,[181]) in manchen Beziehungen von untergeordneter Bedeutung. Werden wohlhabende und gebildete Personen, welche, innerlich getrennt, nicht mehr zusammen leben können, durch den äußeren Zwang des Gesetzes zusammengehalten, so kann sie dies immerhin empfindlich berühren, aber bei Weitem nicht in dem Grade, wie die ungebildeten und ärmeren Classen. — Wer hinreichendes Vermögen besitzt, nimmt eine besondere Wohnung oder richtet sich außer dem Hause ein und geht seinen Neigungen sowie seiner Berufsthätigkeit nach, ziemlich wie vorher. Seine Selbsterhaltung ist durchaus nicht in Frage gestellt. Wird auf Trennung von Tisch und Bett erkannt, so wird seine Lebensführung dadurch wenig geändert und nicht beeinträchtigt. Namentlich kann er auch die Kosten vervielfältigter Processe erschwingen und solche durch alle Instanzen betreiben.

Anders verhält es sich mit der großen Masse der wenig oder gar nicht Bemittelten, „wo nur ein Bett und eine Stube ist". Für den kleinen Handwerker, den armen Landmann ist das Hineingezwängtsein in ein zerrüttetes, zweckwidriges Verhältniß nicht zu ertragen.

---

[181]) So von den Abgeord. Wentzel, Graf Schwerin und Dr. Eckstein in den Verhdl. v. 1857 S. 114, 169, v. 1859 S. 267 f.

Digitized by Google

Da für den Kleinbürger, den Arbeiter, den Bauer die Frau nicht bloß Theilnehmerin an den Lebensgenüssen ist, sondern unentbehrliche Mitarbeiterin, tagtäglich die Noth des Lebens gemeinsam getragen werden muß, so muß Scheidung gewährt werden, wenn das Zusammenwirken vereitelt wird, mag das in der Person des Anderen eintretende Hinderniß verschuldet sein oder nicht. Natürlich können solche Leute auch dann nicht leben, wenn das Gesetz sie auf zwei oder drei Jahre von Tisch und Bett trennt, ohne die Eingehung einer anderen Ehe zu gestatten; vielmehr werden sie dadurch sowohl materiell als sittlich ruinirt.

Das Bedürfniß ist aber naturgemäß nicht für alle Classen dasselbe. So werden für die besitzarmen Classen bösliche Verlassung, Verbrechen, Trunkenheit, unordentliche Wirthschaft und Mangel am Unterhalt in erster Reihe stehen, wogegen in anderer Richtung das Scheidungsbedürfniß der wohlhabenden und der gebildeten Classen ein viel weitergehendes ist, wie z. B. bei Beleidigungen, Widerwillen, Verschwendung u. dgl.

Im Einzelnen findet sich hinsichtlich der landrechtlichen Scheidungsgründe Folgendes zu bemerken:

1. Gegenseitige Einwilligung.[182]) Dieser von v. Savigny als „Willkür" bezeichnete Grund findet keineswegs willkürlich statt, sondern in Uebereinstimmung mit dem Edicte von 1782 § 17 nur bei ganz kinderlosen Ehen, nachdem das Gericht sich die Ueberzeugung verschafft hat, daß weder Leichtsinn oder Uebereilung, noch heimlicher Zwang zu besorgen ist.

Kommt dann noch die thatsächlich motivirte übereinstimmende Erklärung der Ehegatten hinzu, daß sie außer Stande seien, eine wirkliche Ehe miteinander fortzusetzen, so ist diese Uebereinstimmung naturgemäß wichtigstes Kriterium für das Gericht, um daraus die wirklich vorhandene Zerrüttung der Ehe zu erkennen.

---

[182]) A.L.R. Th. II Tit. 1 § 716. Ganz kinderlose Ehen können auf den Grund gegenseitiger Einwilligung getrennt werden, sobald weder Leichtsinn, oder Uebereilung, noch heimlicher Zwang von einer oder der andern Seite zu besorgen ist. — § 717. Außer diesem Fall aber findet, bloß wegen behaupteter Abneigung, sobald dieselbe mit keinen gesetzmäßigen Gründen unterstützt ist, die Trennung der Ehe in der Regel keineswegs statt. — Nach § 115 des Oesterr. B.G.B. muß, wenn beide nicht katholische Ehegatten die Auflösung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung verlangen, die Trennung nicht sogleich bewilligt, sondern erst eine Scheidung von Tisch und Bette, und zwar nach Beschaffenheit der Umstände, auch zu wiederholten Malen, versucht werden.

Digitized by Google

In den Motiven wird zwar S. 567 das Bedenken erhoben: nach Außen trete doch immer als Scheidungsgrund die Willkür der Ehegatten hervor.

Das ist indessen sachlich durchaus unrichtig, da jede auf den bloß willkürlichen Consens gestützte Klage nach § 716 unfehlbar abgewiesen wird.

Formell dagegen ist dieses Bedenken berechtigt, soweit es gegen die Fassung des § 716 „auf Grund gegenseitiger Einwilligung" gerichtet ist. Unzweifelhaft muß eine Fassung des Gesetzes gewählt werden, aus welcher sich ergiebt, daß Grund der Scheidung die Zerrüttung der Ehe ist, zu welcher in gewissen Fällen der contrarius consensus noch hinzukommen muß.

„Die praktische Bedeutung des Consenses beruht — wie die Motive S. 568 zutreffend ausführen — einerseits darin, daß die Ehegatten in solchen Fällen, in welchen ein gesetzlich anerkannter Scheidungsgrund, z. B. Ehebruch, vorliegt, in die Lage gesetzt werden, die Scheidung erwirken zu können, ohne genöthigt zu sein, den eigentlichen Scheidungsgrund zur Kenntniß des Richters zu bringen, daß auf diese Weise ein mit dem Scheidungsprocesse sonst für die Ehegatten selbst und deren Familie verbundenes Aergerniß schonend abgewendet, und derjenige Ehegatte, welcher einseitig die Scheidung zu verlangen berechtigt wäre, namentlich im Falle eines von dem anderen Ehegatten begangenen, von Amtswegen strafbaren Verbrechens oder im Falle des Ehebruchs, nicht zur Aufdeckung jenes Verbrechens bezw. zu der unter Umständen bedenklichen Bezeichnung des mitschuldigen Dritten gedrängt wird. Andererseits gewährt das Institut den Ehegatten die Möglichkeit, auf diesem Wege die Scheidung auch in solchen Fällen erwirken zu können, in welchen ihr Verhältniß in Wirklichkeit völlig zerrüttet ist, die Zerrüttung aber, weil die Ehegatten bis dahin sich zu beherrschen verstanden haben, entweder äußerlich in rechtswidrigen und den sittlichen Anforderungen der Ehe widersprechenden Handlungen überall nicht zu Tage getreten oder nicht beweisbar ist". [183])

Diesen dem wirklichen Leben, namentlich der höheren Gesellschaftsclassen, entnommenen Motiven dürfte — falls man die Beibehaltung

---

[183]) Vorzüglich wichtig und praktisch ist die Zulassung der Scheidung ex consensu für hochgestellte Beamte, Adel, Geistlichkeit und die höheren Gesellschaftsklassen überhaupt, deren Ehescheidungsprocesse bei Nichtzulassung dieses Grundes der Scandalsucht des Publikums ein erwünschtes Object bieten.

Digitized by Google

des § 716 (auch in veränderter Fassung) bedenklich findet, — am besten durch eine dahin gehende Bestimmung entsprochen werden:

daß die Scheidung — im Falle der Kinderlosigkeit bezw. nach mehrjähriger Dauer der Ehe — dann zulässig sei, wenn

1. sich das Gericht überzeugt, daß die Ehe zerrüttet ist, und weder Uebereilung noch heimlicher Zwang stattfindet, und
2. die Ehegatten übereinstimmend (eidesstattlich) versichern, daß ein gesetzlicher Ehescheidungsgrund zwischen ihnen zwar vorliege, sie jedoch denselben zu offenbaren Bedenken tragen.[184])

2. Heftiger, tief eingewurzelter Widerwille.[185]) Dem wird entgegengehalten, daß in der Regel nicht einmal gewöhnliche Vertragsverhältnisse durch einseitigen Willen gelöst werden können. Dabei wird jedoch übersehen, daß in den gewöhnlichen Geschäften des bürgerlichen Lebens für Einflüsse persönlichen Widerwillens in der Regel weder Stoff noch Veranlassung gegeben ist, weil dieselben eben geschäftsmäßig theils ganz ohne, theils ohne dauernde persönliche Berührung abgewickelt werden.

Solche Rechtsverhältnisse dagegen, in welchen dauernde oder wiederholte persönliche Berührung unvermeidlich ist, wie z. B. Societät und Gesindeverhältniß, sind in der That einseitig lösbar, theils durch Kündigung, theils aus sonstigen erheblichen Gründen.

Auch im § 718a. b. handelt es sich selbstverständlich nicht um Willkür, sondern es wird überzeugender, thatsächlicher Nachweis voraus-

---

184) Nicht zu billigen ist die in den Mot. S. 567 gemachte Andeutung, es seien für die Scheidung ex consensu insbesondere in der Gestalt des code civil a. 275—294 und des Bad. L.R. erhebliche Gründe anzuführen. Hier wird nämlich die praktische Anwendung durch absichtliche Häufung von Beschränkungen und lästigen Förmlichkeiten derartig illusorisch gemacht, daß nur hin und wieder (in der Rheinprovinz 17 Mal in 36 Jahren) eine solche Scheidung wirklich vorkommt. Daher erklärte schon v. Savigny verm. Schriften Bd. 5 S. 283 es mit Recht für des Gesetzgebers unwürdig, derartige Scheidungen zuzulassen, sie aber gleichzeitig, weil er sie eigentlich verbieten wollte, indirect zu verhindern.

185) A. a. O. § 718a. Doch soll dem Richter erlaubt sein, in besonderen Fällen, wo nach dem Inhalte der Acten der Widerwille so heftig und tief eingewurzelt ist, daß zu einer Aussöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes gar keine Hoffnug mehr übrig bleibt, eine solche unglückliche Ehe zu trennen. — § 718b. Es muß aber in diesem Falle derjenige Ehegatte, welcher solchergestalt ohne eigentlichen gesetzmäßigen Grund, wider den Willen des Andern, auf der Scheidung beharret, für den schuldigen Theil erklärt und in die Scheidungsstrafen nach § 786 verurtheilt werden.

Digitized by Google

gesetzt, daß Widerwille objectiv vorhanden, und daß er unbezwinglich ist. § 718a verlangt sogar, über §§ 11 und 12 des Edicts von 1782 hinausgehend, daß die Zerrüttung eine völlig hoffnungslose sei.

Dabei ist es natürlich Sache des Klägers, den Beweiserfordernissen der Proceßordnung zu genügen, und sollte, wie die Motive S. 569 zu bedenken geben, der Beweis unbezwinglichen Widerwillens sich nicht führen lassen, so wird die Klage eben abgewiesen.

3. Verdächtiger Umgang gegen richterlichen Befehl.[186]) Der Einwand, daß diese Bestimmung neben der Zulassung der Scheidung auf Grund vollendeten und erwiesenen Ehebruchs überflüssig sei, ist durchaus hinfällig.

Der Ehebruch unterscheidet sich nämlich von allen andern Scheidungsgründen durch seine Heimlichkeit, dadurch, daß er in überaus zahlreichen Fällen thatsächlich vorliegt, ohne — weil überhaupt verborgen geblieben und spurlos vorübergehend — den Bestand und die Zwecke der Ehe irgendwie ernstlich zu gefährden.[187]) — Das die Ehe zerrüttende Moment ist also nicht sowohl der Ehebruch, als der dem andern Theil zum Bewußtsein gekommene, von ihm als solcher empfundene Treubruch, die Aufhebung des Vertrauens, sich gegenseitig ausschließlich anzugehören, die zur subjectiven Gewißheit gewordene Treulosigkeit.

Als besonders erschwerender Umstand erscheint es dabei, wenn ein verbotener „Umgang", d. h. ein die dringende Vermuthung der Treuverletzung begründender wiederholter oder gar dauernder Verkehr stattfindet, und dieser nach Ueberzeugung des Beleidigten ehebrecherische Umgang richterlichem Verbote zum Trotz fortgesetzt wird. Dies ist der Thatbestand der §§ 674—676.

---

[186]) A. Pr. L.R. a. a. O. § 670. Ehebruch, dessen sich ein Ehegatte schuldig macht, berechtigt den unschuldigen Theil, auf Scheidung zu klagen. — § 673. Eben das gilt von unerlaubtem Umgange, wodurch eine dringende Vermuthung der verletzten ehelichen Treue begründet wird. — § 674. Bloßer Verdacht ist zur Trennung der Ehe nicht hinreichend. — § 675. Ist jedoch scheinbarer Anlaß zu einem solchen Argwohn vorhanden, so muß dem beschuldigten Ehegatten auf Anrufen des Andern der fernere Umgang mit der verdächtigen Person gerichtlich untersagt werden. § 676. Setzt derselbe, dieses Verbotes ungeachtet, einen vertrauten Umgang mit der verdächtigen Person fort, so ist dies ein erheblicher Grund zur Ehescheidung.

[187]) Z. B. einmaliges Concumbiren mit einer Prostituirten, deren Namen man nicht einmal kennt, und die man voraussichtlich niemals wiedersieht, — während einer längeren Krankheit oder Abwesenheit der Ehefrau.

Digitized by Google

Es kommt hinzu, daß die Beweisbarkeit des vollendeten Ehebruchs in hohem Grade vom Zufall abhängig, der Beweis in den meisten Fällen mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verknüpft ist,[188]) — auch diejenigen Ehegatten des besonderen Schutzes bedürfen und würdig sind, welche durch die ehrlose Handlungsweise des Andern tödtlich gekränkt, es gleichwohl nicht über sich gewinnen können, sich auch noch Beweismittel für die copula carnalis durch bezahlte Spionage,[189]) eigene Nachforschung oder andere entwürdigende Mittel zu verschaffen.

Vom Standpunkte der heutigen Sittlichkeit ist nicht sowohl der im strafrechtlichen Sinne vollendete Ehebruch das Verletzende, als vielmehr die — durch Zuwiderhandeln gegen den richterlichen Befehl ausdrücklich markirte — treulose Gesinnung, der Vorzug, der dem verdächtigen Umgange vor dem ehelichen Zusammenleben gegeben wird, indem der Ungehorsame den Verdacht trotzig bestätigt, statt ihn zu vermeiden. Dies ist der zwar undogmatische, aber bei Weitem höhere sittliche Standpunkt des Allg. Preuß. Landr.'s, indem es im § 183 II, 1 den Ehegatten ausdrücklich zur Pflicht macht: auch solche Handlungen, welche den Verdacht der Verletzung ehelicher Treue erregen könnten, zu vermeiden.

4. Mangelnder Nachweis des unbescholtenen Wandels seitens der Ehefrau, die sich von ihrem Ehemanne entfernt hatte.[190]) Der Thatbestand des § 687 figurirte in den Preuß. Reform-Entwürfen unter den aufgehobenen Ehescheidungsgründen, bis im Jahre 1859 die Commission des Abgeordnetenhauses eine Correctur dahin vornahm, daß sie statt dessen in einem besonderen Schlußsatz des die aufgehobenen Ehescheidungsgründe enthaltenden Paragraphen des Entwurfs den § 687 „außer Kraft" setzte.[191])

---

[188]) Daher schon im canonischen Rechte die Erleichterung des Beweises durch Präsumtionen — c. 12 X de praesumtionibus — an deren Stelle nunmehr nach § 259 C.P.O. freie richterliche Beweiswürdigung getreten ist.

[189]) Dazu kommt dann noch das wohlbegründete Mißtrauen, welchem die Aussagen der in solchen Sachen thätigen Privatdetectivs begegnen. S. Ernst, Marriage and divorce. London 1879 S. 64, wo dieselben als „most dangerous agents" bezeichnet werden.

[190]) Allg. Pr. L.R. a. a. O. § 687. In keinem Falle ist der Mann die Frau, welche sich eigenmächtig und ohne rechtmäßigen Grund von ihm getrennt hat, wenn sie in der Folge zurückkehrt, eher anzunehmen schuldig, als bis sie ihren inzwischen geführten unbescholtenen Wandel durch glaubhafte Zeugnisse nachgewiesen hat.

[191]) Weil eben § 687 keinen selbständigen Scheidungsgrund enthalte, sondern nur eine Bestimmung bezüglich der Alimentations- und Aufnahme-Pflicht. Verhandl. 1859. S. 5, 81 und 106.

Digitized by Google

Man erklärte die Bestimmung für ungerechtfertigt, weil der Frau der unmögliche Beweis der Negative auferlegt werde, und weil, wenn die Frau zur Rückkehr bereit, vom Manne wegen Bescholtenheit zurückgewiesen wird, immerhin böswillige Verlassung ihrerseits nicht vorliege.

Diese Bedenken erledigen sich dadurch, daß einerseits die Praxis mehr nicht als Beibringung eines leicht zu beschaffenden Polizeiatteste über geschlechtliche Unbescholtenheit behufs Begründung der Aufnahmepflicht verlangt, — andererseits der § 687 eine eigenmächtige grundlose Entfernung der Ehefrau voraussetzt, mithin den durchaus gerechtfertigten Satz enthält, daß die bloße Rückkehr in Folge des richterlichen Befehls den Scheidungsgrund der böslichen Verlassung dann nicht beseitigt, wenn inzwischen geschlechtliche Bescholtenheit eingetreten, die Frau also zur Fortsetzung der Ehe jetzt nicht mehr geeignet ist.[192])

5. Versagung der ehelichen Pflicht.[193]) Die Einwendungen gehen dahin, daß von halsstarriger und fortdauernder Versagung überhaupt nur die Rede sein konnte, solange wegen Ungehorsams die früher beliebten Zwangsmittel, Gefängniß bei Wasser und Brot, Relegation und dergleichen angewendet wurden, was jetzt nicht mehr statthaft sei. Ueberdies seien gerade die auf diesen Grund gestützten Processe ein Anlaß für die scandalösesten Untersuchungen und das größte Aergerniß.

Letzteres ist zuzugeben mit der Maßgabe, daß das Aergerniß sich in Folge Ausschlusses der Oeffentlichkeit in der Regel auf die unmittelbar Betheiligten beschränkt, übrigens aber dieser Ehescheidungsgrund fast niemals bewiesen werden kann, deshalb auch äußerst selten mit Erfolg geltend gemacht wird.[194])

---

[192]) Vgl. Entsch. des Ob.-Trib. Pl. Beschl. v. 5. Mai 1851. E. 20 S. 1 ff.; ferner Ob.-Trib. E. 51 S. 228 ff.

[193]) Allg. Pr. L.R. a. a. O. § 694. Halsstarrige und fortdauernde Versagung der ehelichen Pflicht soll der böslichen Verlassung gleich geachtet werden. — § 695. Ein Ehegatte, welcher durch sein Betragen, bei oder nach der Beiwohnung, die Erreichung des gesetzmäßigen Zwecks derselben vorsätzlich hindert, giebt dem Andern zur Scheidung rechtmäßigen Anlaß. — Das sächs. B.G.B. § 1734 beschränkt sich auf den Fall, daß ein Ehegatte sich zur ehelichen Beiwohnung absichtlich unfähig gemacht hat.

[194]) Dem Verfasser ist in 35jähriger Praxis kein einziger derartiger Fall vorgekommen.

Digitized by Google

Die Preußischen Reform-Entwürfe hatten diesen Scheidungsgrund gestrichen mit Ausnahme des Entwurfs vom April 1844, welcher ihn als relativen Scheidungsgrund beibehalten wollte.

Nach den Motiven S. 577 soll die Versagung als Verletzung der Ehepflicht unter § 1444 des Entwurfes fallen, also in der Regel zunächst nur zur Trennung führen. Dies ist unannehmbar. Wird der ungemein schwierige Beweis wirklich geführt, so ist die absichtliche und directe Vereitelung eines der wesentlichsten Ehezwecke festgestellt, und dadurch die Anerkennung dieses Scheidungsgrundes als eines absoluten geboten.

Daß durch Alters- und Gesundheitsverhältnisse sowie in vielen anderen Fällen das Erforderniß der Halsstarrigkeit ausgeschlossen sein kann, bedarf keiner Ausführung.

6. Unvermögen und körperliche Gebrechen, welche erst nach der Eheschließung entstanden sind.[195]) Dieser sogar noch vom Project des corp. jur. Fridericianum ausdrücklich verworfene, nach der von Savigny'schen Classification unter die Kategorie „Zufall" gehörende Scheidungsgrund wird in den Motiven S. 596 deshalb für unverträglich mit der sittlichen Natur der Ehe erklärt, weil die Ehegatten wie Freude und Glück, so auch Leid und Unglück miteinander tragen sollen. Nichts kann, sagt man, mehr gegen die Natur der Ehe sein, als die Scheidung zuzulassen, weil die Frau vielleicht durch ein unglückliches Wochenbett, der Mann durch eine im Kriege erhaltene Wunde unfähig geworden.

Diese Gründe sind vom höchsten Gewicht insoweit, als es sich um die Frage handelt, ob der Einzelne es mit seinem Gewissen vereinbaren kann, von dem ihm gesetzlich zustehenden Recht thatsächlich Gebrauch zu machen; ob er sich dazu sittlich berechtigt oder vielleicht sogar verpflichtet hält. Diese Frage kann, weil ihre Beantwortung von den intimsten Gestaltungen des Einzelfalles abhängt, vom Gesetzgeber nicht entschieden werden.

Er braucht sie auch nicht zu entscheiden. Für ihn genügt es, daß Fälle vorliegen, welche „die Erfüllung der Zwecke des Ehestandes

---

[195]) Pr. L.R. a. a. O. § 696. Ein, auch während der Ehe erst entstandenes, gänzliches und unheilbares Unvermögen zur Leistung der ehelichen Pflicht begründet ebenfalls die Scheidung. — § 697. Ein Gleiches gilt von anderen unheilbaren körperlichen Gebrechen, welche Ekel und Abscheu erregen oder die Erfüllung der Zwecke des Ehestandes gänzlich verhindern. — Vgl. sächs. B.G.B. § 1734, oben Anm. 193.

Digitized by Google

gänzlich verhindern". Daraus ergiebt sich von selbst die gesetzgeberische Pflicht, diese Thatbestände als Rücktrittsgründe zuzulassen.

Nicht selten kommt es vor, daß den Ehezweck vereitelnde Gebrechen als schon vorher vorhanden nachträglich sich herausstellen, weshalb die Ehe wegen Irrthums angefochten werden könnte. (Allg. Pr. L.R. II, 1, § 40.) In den meisten derartigen Fällen wird der anfechtungsberechtigte Gatte von dieser Befugniß keinen Gebrauch machen. Dieser Entschluß gehört aber dem Gebiete der Dispositionsfreiheit, dem inneren Gewissensforum an; die Rechtsordnung darf das Anfechtungsrecht nicht versagen. — Ganz ebenso verhält es sich mit dem hier in Rede stehenden Ehescheidungsgrunde.

7. Unheilbare Geisteskrankheit.[196]) Dieser Ehescheidungsgrund, nach von Savigny ebenfalls unter die Kategorie „Zufall" gehörig, war schon im Ehescheidungsedicte von 1782 § 16 anerkannt mit der Maßgabe, daß außer Unheilbarkeit auch noch der Nachweis des „Ruins in der Nahrung oder Gewerbe des Anderen" verlangt wurde. In der gemeinrechtlichen Praxis hatte dieser Grund ebenfalls Anerkennung gefunden; soweit es nicht der Fall war, erfolgte die Scheidung per rescriptum principis.[197]) Dadurch erklärt sich die Bemerkung

---

[196]) S. A. Pr. L.R. a. a. O. § 698. Raserei und Wahnsinn, in welche ein Ehegatte verfällt, können die Scheidung nur alsdann begründen, wenn sie über ein Jahr ohne wahrscheinliche Hoffnung zur Besserung fortdauern. — Vgl. sächs. B.G.B. § 1743. Wegen Geisteskrankheit, in welche ein Ehegatte während der Ehe verfällt, kann der andre Ehegatte Scheidung verlangen, wenn auf Grund einer in einer Landesanstalt stattgefundenen dreijährigen Beobachtung des erkrankten Ehegatten von den Anstaltsärzten bezeugt wird, daß die Geisteskrankheit eine unheilbare ist. — § 1751. Ein Recht auf Unterhalt nach richterlichem Ermessen steht, wenn die Ehe wegen unheilbarer Geisteskrankheit geschieden worden ist, dem geisteskranken Ehegatten, welcher sich nicht standesgemäß zu unterhalten vermag, gegen den anderen Ehegatten so lange zu, als das Bedürfniß dauert.

[197]) Interessant sind in dieser Beziehung die Mot. des Pr. Ehegesetz-Entw. von 1856, in welchen — Verhandl. v. 1857 S. 15 — zugestanden wird, daß im Falle unheilbaren Wahnsinns die zu einer wahren Ehe nothwendige geistige Gemeinschaft aufgehoben sei. Deshalb habe die Praxis des gemeinen Rechts gerade bei diesem Scheidungsgrunde am häufigsten von der Principienstrenge nachgelassen und durch das Auskunftsmittel der separatio per rescriptum principis zu helfen gesucht. In Fällen, wo der Gerichtshof nach dem geltenden Rechte glaubte abweisen zu müssen, habe er dem Kläger selbst unterstellt, den Landesherrn um Scheidung anzugehen, und sei dieselbe dann durch landesherrlichen Befehl erfolgt. — Trotzdem schlägt der Entwurf die Beseitigung vor und zwar — unter Berufung auf die oben § II Anm. 81 abgedruckte Stelle des Ulpian. (!)

Digitized by Google

der Motive S. 572, daß ein Bedürfniß der gesetzlichen Zulassung, „soviel bekannt, nicht hervorgetreten sei".

„Es giebt, sagt von Savigny,[198]) kaum irgend einen Scheidungsgrund, bei welchem so starke Gründe für und wider die Zulässigkeit angeführt werden können. — Gegen die Zulässigkeit spricht zunächst der Grund, daß es zu dem edelsten Wesen der Ehe gehört, das Unglück, wovon ein Ehegatte betroffen wird, in treuer Gemeinschaft zu tragen, und daß davon bei dem Wahnsinn ebenso, wie bei schweren Krankheiten, Anwendung denkbar ist. Ferner der andere Grund, daß die Unheilbarkeit des Wahnsinns nie mit Sicherheit festgestellt werden kann, und daß, wenn in der That eine Heilung eintritt, die in der Zwischenzeit ausgesprochene Scheidung als eine nicht zu rechtfertigende Verletzung gegen den Geheilten erscheint.

Für die Zulässigkeit dagegen spricht die eigenthümliche Natur des Wahnsinns, verglichen mit eigentlichen Krankheiten. Bei diesen ist es stets möglich, das Leiden durch treue, liebevolle Pflege zu erleichtern. Bei dem Wahnsinn dagegen wird es meist dem gesunden Gatten gar nicht gestattet sein, an der Pflege Theil zu nehmen, vielleicht selbst nicht, ihn zu sehen, so daß er persönliche Pflichten, selbst bei dem besten Willen, gar nicht wird erfüllen können."

Dieses Schwanken von Savigny's spiegelt sich wieder in den Gesetzentwürfen.

Der Entwurf vom October 1842 (Gerlach, v. Savigny) hob Raserei und Wahnsinn (§ 698) als Scheidungsgrund auf, der Entwurf vom April 1844 (der Staatsrath) ließ ihn wieder zu. Die Entwürfe von 1854 und 1856 strichen ihn wieder. Jedoch war diese Bestimmung der Regierungsvorlage (§ 1 Nr. 7) auch in der Commissionsberathung von 1856 wiederholt abgelehnt worden.[199]).

In die Entwürfe von 1859, 1860 wurde eine die Aufhebung des § 698 bezweckende Bestimmung nicht wieder aufgenommen, womit sich beide Häuser des Landtages einverstanden erklärten.

So schwankte man trotz des damals weit überwiegenden kirchlichen Standpunktes hin und her.

---

[198]) Verm. Schriften Bd. 5 S. 307. Vgl. die Mot. zu den Preuß. Ehegef.-Entw. v. 1856, Verhandl. 1857 S. 15, Commissionsbericht ebenda S. 45 f.

[199]) Verhandl. 1857 S. 46 f. Zunächst war eine Majorität vorhanden für das Amendement, daß dem Kläger durch Erkenntniß gestattet werden solle, die Trennung beim Könige nachzusuchen. Hiernach erfolgte Ablehnung der ganzen No. 7.

Digitized by Google

Vom Standpunkt des bürgerlichen Rechts kann die Entscheidung keinen Augenblick zweifelhaft sein. Mit Ausnahme einer verschwindend kleinen Minderheit sind die Eheleute zur Aufrechterhaltung des Hausstandes und Erziehung der Kinder täglich auf das mutuum adjutorium, gegenseitige körperliche und geistige Unterstützung, Ergänzung und Mitthätigkeit angewiesen.

In vielen Fällen werden sie nach den Umständen sogar sittlich verpflichtet sein, gegenüber solcher Heimsuchung für sich und die Kinder Abhülfe und Ersatz in einer anderen Ehe zu suchen.

Die Rechtsordnung muß also das Scheidungsrecht gewähren und es dem Gewissen des Einzelnen überlassen, davon Gebrauch zu machen oder nicht, falls individuelle, günstige Umstände ihm gestatten, Abhülfe und Ersatz anderweitig zu beschaffen.

Gegner dieses Scheidungsgrundes pflegen geltend zu machen, es sei medicinisch unmöglich, die Unheilbarkeit des Wahnsinns mit objectiver Gewißheit festzustellen. Die Motive S. 571 fügen hinzu: „Es lassen sich keine scharfe Grenzlinien ziehen zwischen den verschiedenen Formen der Geisteskrankheit, und es ist practisch nicht ausführbar, diejenigen Fälle auszusondern, in welchen durch die Geisteskrankheit jede geistige Gemeinschaft aufgehoben wird, der geisteskranke Ehegatte daher als geistig todt zu betrachten ist".

In dieser Beziehung ist ohne Weiteres zuzugeben, daß die Bezeichnung des Scheidungsgrundes als „Raserei und Wahnsinn" (§ 698) nicht aufrecht erhalten werden kann, weil sie partiellen Wahnsinn mit Unrecht einschließen, Blödsinn mit Unrecht ausschließen würde.[200])

---

[200]) Die Ausschließung des Blödsinns ist ungerechtfertigt, die Anwendung des § 698 aber auch aus andern Gründen mißlich. Aus der Zusammenstellung mit der Raserei müßte man schließen, es sei hier wirklich Wahnsinn im wissenschaftlichen Sinne gemeint; die gesetzlichen Definitionen §§ 27, 28 I, 1 Allg. Ld. R.'s. sind aber mißlungen; denn der Wahnsinnige ist des Gebrauchs seiner Vernunft nicht gänzlich beraubt; der Blödsinnige handelt überhaupt nicht. — Das Preuß. Ober-Trib. (Strieth. Arch. Bd. 87 S. 67 f.) hat ausgesprochen, daß für den Richter die gesetzliche Begriffsbestimmung, wenn auch für medicinisch unzutreffend erachtet, doch maßgebend sei. In dem damals vorliegenden Falle war die Beklagte seit 16 Jahren unheilbar geisteskrank und rechtskräftig für blödsinnig erklärt. In dem Ehescheidungsprocesse erklärten sie die medicinischen Sachverständigen für verrückt und für „wahnsinnig im wissenschaftlichen Sinne". Die Ehescheidungsklage wurde in allen Instanzen abgewiesen. S. auch Reichsger.-E. Bd. 16 S. 234.

Digitized by Google

Der Scheidungsgrund ist vielmehr zu bezeichnen als

unheilbare Geisteskrankheit, welche entweder Gefahr bringend ist oder den geistigen Verkehr verhindert.

Die Feststellung, ob dieser Zustand vorhanden sei, ist Sache der gerichtlichen Sachverständigen. Stößt Kläger dabei auf Schwierigkeiten, so muß er die Folgen tragen. Es ist unverständlich, wie ein Gesetzgeber darauf kommen sollte, ein Klagerecht überhaupt zu versagen, weil möglicher Weise eine Anzahl Klagen abgewiesen wird.

„Es läßt sich nicht verkennen — heißt es in den Motiven S. 570 — daß, hingesehen auf die realen Verhältnisse des Lebens, auf die wirthschaftlichen Nachtheile und die sittlichen Gefahren, welche dem Ehegatten und den Kindern drohen, wenn ersterer durch Versagung des Scheidungsrechts gehindert wird, eine neue Ehe einzugehen, vom socialpolitischen Gesichtspunkte aus gewichtige Gründe für die Zulassung der Scheidung wegen Geisteskrankheit sprechen."

Wenn dann hinzugefügt wird, diese Gründe seien nicht erheblich genug, um eine Ausnahme von dem Principe zu rechtfertigen, daß Scheidung nur wegen Verschuldens zulässig sein soll, so wird man sich dadurch nicht irre machen lassen, weil die Unhaltbarkeit des Princips bereits in § II, 4 zur Genüge nachgewiesen, dasselbe übrigens auch von dem Preußischen Ehegesetzentwurf von 1859, 1860 gerade bei diesem Punkte als unhaltbar aufgegeben worden ist.

Mit Recht erklärt aber auch Hinschius[201]) die Verleugnung der realen, in den Motiven selbst hervorgehobenen Gesichtspunkte für um so unbegreiflicher, wenn man andererseits berücksichtige, daß der Entwurf für den Fall der Todeserklärung des einen Gatten, dem anderen die Schließung einer neuen, sogar bei Rückkehr des ersteren gültig bleibenden Ehe gestattet (§§ 1235, 1464, 1468). Hier sei doch die Gefahr, daß die Ehe trotz des Lebens gelöst wird, mindestens ebenso groß, wie die Gefahr der unrichtigen Beurtheilung einer Geisteskrankheit; auch sei anzunehmen, daß der für todt Erklärte das ihm durch die Auflösung seiner Ehe geschehene Unrecht viel schmerzlicher empfinde.

Schließlich ist hier für die Nr. 6 und 7 die gemeinsame Bemerkung am Platze, daß ihre Bezeichnung als „Zufall" schief und unzutreffend ist. Im religiösen Sinne handelt es sich um „Schickungen", „Verhängnisse" und „Fügungen"; in dem hier allein interessirenden recht-

---

[201]) Das Personenrecht der Ehegatten im Entw. eines B.G.B. für das D. R. im Arch. für civil. Pr. Bd. 74 (1889) S. 87 f.

Digitized by Google

lichen Sinne dagegen um eine in der Person eines Verpflichteten eintretende Unfähigkeit zu fortdauernder Erfüllung, welche als Rücktrittsgrund anerkannt werden muß.

8. Unverträglichkeit und Zanksucht.[202]) Vorausgesetzt wird, daß dadurch des unschuldigen Theils Leben oder Gesundheit in Gefahr gesetzt werden.

Hier zeigt sich wieder ein Schwanken in den Preußischen Gesetzentwürfen. In den Entwürfen von 1842, 1854 und 1856 beseitigt, ist obiger Thatbestand in den Entwürfen von 1844, 1859 und 1860 mit Recht wiederum als relativer Scheidungsgrund anerkannt; ebenso im Entwurfe, wie aus den Motiven S. 594 hervorgeht, wenn es auch nach dem Wortlaute des § 1444 um so mehr bezweifelt werden könnte, als es sich nach einem allerdings sonderbaren Argumente der Gegner nicht um ein Ehedelikt handelt, sondern nur um einen „Charakterfehler".

9. Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes[203]) war im Entwurfe von 1842 als absoluter Scheidungsgrund beibehalten, ebenso in den Entwürfen von 1856, 1859, 1860, im Entwurf von 1844 als relativer Scheidungsgrund. Im Entwurfe von 1854 war er ganz gestrichen mit der Motivirung, daß es mit gesetzlicher Infamie verbundene Gewerbe nicht mehr gäbe.[204]) Da nun auch formelle Concessionirung gewerbsmäßiger Hurenwirthschaft nicht mehr vorkomme, so habe § 707 seine historische Grundlage verloren. — Werde aber thatsächliche Ergreifung solcher Gewerbe geduldet, so werde thatsächlich der andere Ehegatte auch stets mitschuldig und Genosse des Gewerbes sein, daher aus demselben keinen Ehescheidungsgrund herleiten können.

Offenbar ist diese Unterstellung willkürlich. Es handelt sich gerade um solche Fälle, in denen sie nicht zutrifft, z. B. die Frau gegen den Willen ihres Mannes gewerbsmäßig Kuppelei betreibt, der Mann sich einer Verbrecherbande anschließt u. dergl. — Für solche Fälle kann die Scheidung nicht versagt werden. Der Entwurf hat sie dem § 1444 unterstellt (Mot. S. 577, 595), wogegen nichts zu erinnern ist.

---

[202]) Allg. Pr. Ld. R. a. a. O. § 703. Unverträglichkeit und Zanksucht werden eine gegründete Scheidungsursache, wenn sie zu einem solchen Grade der Bosheit steigen, daß dadurch des unschuldigen Theiles Leben oder Gesundheit in Gefahr gesetzt wird. — Vergl. § 13 des Ed. v. 1782.

[203]) Allg. Pr. Ld. R. a. a. O. § 707. Wenn ein Ehegatte ein schimpfliches Gewerbe ergreift, so kann der Andere auf die Scheidung antragen.

[204]) Früher das Abdeckereiwesen nach § 208 II 8 Allg. Pr. Ld. R.

Digitized by Google

10) Harte und schmähliche Zuchthaus- oder Festungsstrafe wegen grober Verbrechen, wissentlich falsche Anschuldigung wegen solcher Verbrechen vor Gericht.[205])

Von diesen beiden Gründen ist ersterer (§ 704) als relativer in den Entwürfen von 1854, 1856, 1859, 1860 anerkannt, letzterer (§ 705) in dem Entwurf von 1854 als angeblich unpraktisch beseitigt, in den Entwürfen von 1859, 1860 als relativer Scheidungsgrund zugelassen. Beide Gründe fallen unter § 1444 des Entwurfs. Bei ihrer relativen Behandlung wird es bewenden müssen, mit der Maßgabe, daß nicht Verbüßung oder Antritt der Strafe, sondern die Verurtheilung entscheidend und eine dem jetzigen Strafgesetz entsprechende Formel aufzusuchen ist. Dabei kann das entscheidende Gewicht auf Verurtheilung zu bestimmten (entehrenden) Strafarten gelegt werden, oder zu Freiheitsstrafen von einer bestimmten Dauer, oder auf Verurtheilung wegen bestimmter strafbarer Handlungen oder Kategorieen von solchen. Immer werden, — wie die Motive S. 576 mit Recht bemerken, — die Bestimmungen in ihrer praktischen Anwendung als mehr oder weniger willkürlich erscheinen. Es bleibt somit nur übrig, dem Richter im einzelnen Falle die Entscheidung darüber anzuvertrauen, ob dem Kläger — seiner Persönlichkeit und den näheren Umständen nach — die Fortsetzung der Ehe noch zugemuthet werden kann.

11) Veränderung der Religion.[206]) In dem Entwurfe von 1854 wegen gänzlichen Mangels eines practischen Bedürfnisses beseitigt, dagegen auf Wunsch der ersten Kammer in den späteren Entwürfen beibehalten, ist dieser Grund im Entwurf aus den von den Mot. S. 572 dargelegten Gründen, namentlich als die Gewissensfreiheit beeinträchtigend, in Wegfall gebracht.

---

[205]) Allg. Pr. Ld. R. a. a. O. § 704. Grobe Verbrechen gegen Andere, wegen welcher ein Ehegatte harte und schmähliche Zuchthaus- oder Festungsstrafe nach Urtheil und Recht erlitten hat, berechtigen den daran unschuldigen Theil, die Scheidung zu suchen. — § 705. Ein Gleiches findet statt, wenn ein Ehegatte den Andern solcher Verbrechen vor Gericht, gegen besseres Bewußtsein, fälschlich beschuldigt. — Das Sächs. B.G.B. § 1740 verlangt Verurtheilung zu einer Freiheitsstrafe von wenigstens drei Jahren wegen vorsätzlichen Verbrechens; das Oesterr. B.G.B. § 115 fünfjährige Kerkerstrafe.

[206]) Allg. Preuß. Ld.R. a. a. O. § 715. Insoweit als der Unterschied der Religion von Anfang an ein Ehehinderniß ist (§ 36), insofern giebt ein Ehegatte durch Veränderung seiner bisherigen Religion dem anderen rechtmäßigen Anlaß, auf die Scheidung zu klagen. S. auch Sächs. B.G.B. § 1744. Der § 715 a.a.O. ist aufgehoben durch § 56 d. Ges. v. 9. März 1874, jetzt § 39 d. Reichsges. v. 6. Febr. 1875.

Digitized by Google

Zum Abschlusse dieser Erörterung sei noch bemerkt, daß die den preußischen Ehegesetzentwürfen beigegebenen amtlichen Motive auffallend dürftig sind; wohl deshalb, weil man die eigentlichen aus dem Kirchenrechte hergenommenen Motive nicht anführen mochte, um den Schein des „bürgerlichen Charakters" zu wahren. Ein zur Aushilfe damals vielfach gebrauchtes, übrigens auch in den Motiven des Entwurfs wiederholt (z. B. S. 569, 577) vorkommendes Argument ist die Besorgniß des Mißbrauchs und von Simulationen. Dasselbe erledigt sich dadurch, daß diese Gefahr beseitigt wird durch ein den Bedürfnissen des Lebens angepaßtes Scheidungsrecht, dagegen hervorgerufen bezw. vergrößert wird durch dem Bedürfniß entgegentretende Beschränkungen des Scheidungsrechts. Soweit hiernach das materielle Recht eine solche Gefahr involvirt, ist ihr durch das jetzige Proceßverfahren bestmöglichst entgegengetreten.[207])

Im Anschlusse an die bisherigen Einzelerörterungen versuchen wir nunmehr die Ergebnisse für das Ehescheidungsrecht zusammenzufassen, wie dasselbe im Rahmen eines wahrhaft bürgerlichen Gesetzbuchs zu gestalten sein dürfte. Diese Ergebnisse sind folgende:

I. Das politische Princip der Gesellschaftswohlfahrt ergiebt für das Eherecht die Consequenz, daß der im Familienleben zum Ausdruck kommende Selbsterhaltungs- und Entwickelungstrieb zu beschützen und zu fördern, nicht zwecklos oder zweckwidrig durch künstlichen Zwang zu unterdrücken oder zu hemmen ist.

Unzweifelhaft sind die Institutionen der Ehe und der Familie auch für das Gebiet der Kirche vom höchsten Interesse, sowohl aus dem Gesichtspunkte der Wissenschaft als der Disciplin. Da aber die Ehe die Grundlage der Familie und damit des Staats selbst ist, mithin überhaupt das wichtigste Institut, welches der Staat zu regeln und zu überwachen hat,[208]) so muß für die staatliche Gesetzgebung einzig und

---

[207]) Ganz lassen sich auf Verabredung beruhende Täuschungen des Gerichts überhaupt nicht ausschließen. S. z. B. Urt. d. R.G. i. Sachen Grosse c/a Grosse v. 4. April 1889 in d. Jurist. Wochenschr. 1889 S. 211.

[208]) „Will der Staat sich selbst nicht aufgeben, so kann er die Ordnung und Verwaltung der Ehe nicht der Kirche überlassen und damit seine wichtigste Institution der Willkür einer Körperschaft anheimstellen, deren Sphäre außerhalb seiner Rechts- und Machtbefugnisse liegt. Deswegen betont er allein den staatlichen Charakter der Ehe, stellt die staatlichen Bedingungen ihrer Gültigkeit auf und überläßt es dem Belieben des Individuum und dem religiösen Bedürfnisse, sich auch mit den kirchlichen Forderungen abzufinden." Friedberg, Grenzen, Bd. 3 S. 760.

Digitized by Google

allein der bürgerliche Charakter der Ehe als Rechtsverhältniß — mit Ausschluß religiöser Motive — maßgebend sein.[209])

II. Für die große Masse der Bevölkerung sind die wirthschaftliche Existenz, Erhaltung des Hausstandes, Kindererziehung und die Erreichung der sonstigen Ehezwecke bedingt durch ununterbrochenes Zusammenwirken, durch gegenseitige Unterstützung und Ergänzung beider Ehegatten. Daher muß die bürgerliche Gesetzgebung jeden Thatbestand, welcher ein derartiges Zusammenwirken entweder schlechthin unmöglich macht oder doch seinen Erfolg erfahrungsmäßig vereitelt, als den Anspruch auf Scheidung begründend anerkennen.

Es kann nicht entscheidend sein, daß im einzelnen Falle der beklagte Defect nicht alle Seiten des leiblich-geistig-wirthschaftlichen Gemeinschaftslebens gleich stark berührt, daß sich ein alleiniges Verschulden des einen Ehegatten nicht immer feststellen läßt, daß endlich eine kleine Minderzahl von Personen in der Lage ist, die Mitwirkung des anderen Ehegatten in dieser oder jener Beziehung entbehren oder anderweitig Ersatz dafür beschaffen zu können.

Besonders günstig gestellte Personen werden häufig dahin gelangen mit oder ohne Kampf und Zweifel auf das allgemein gewährte Schutzmittel der Ehescheidung freiwillig zu verzichten, sei es aus Gründen der Sitte, des Gewissens, des Herzens oder aus Gründen des Verstandes, der Zweckmäßigkeit.

In dazu geeigneten Fällen wird auch die Einwirkung der Kirche — im Geiste der Versöhnung und Barmherzigkeit, — erwünscht und segensreich sein, — soweit es neben den Rücksichten auf die äußere Stellung innerhalb bürgerlicher oder kirchlicher Kreise und Genossenschaften, und neben dem Drucke der öffentlichen Meinung überhaupt noch der Einwirkung religiöser Gesichtspunkte bedürfen sollte.

Immerhin bleibt der Grundsatz maßgebend, daß gesetzlich das Schutzmittel in vollkommen ausreichendem Maße gewährt werden muß, um Ersatz für die verpönte Selbsthülfe zu gewähren.

Dazu gehört aber auch, daß der Gesetzgeber, sofern er Scheidungsansprüche als in der Natur des Rechtverhältnisses begründet

---

[209]) Man erinnere sich auch bei dieser Gelegenheit, daß eine der wichtigsten Ursachen der höheren Cultur des Occidents, der Ueberlegenheit des „christlichen" Culturstaats gegenüber dem mohamedanischen Staate die Zweiheit und Gesondertheit von Staat und Kirche ist, im Gegensatze gegen die Vereinigung beider unter einem Haupte. Bluntschli, Allg. Staatsrecht, S. 410 ff.

Digitized by Google

und mit dem Gemeinwohl verträglich, bezw. demselben entsprechend anerkennt, dieselben nicht wiederum künstlich vereiteln oder ihre Anwendung schmälern darf, sei es durch Formalitäten, Kosten- und Proceßhäufung, durch Gestattung richterlicher Willkür oder in anderer Weise.[210])

Die religiöse Vorstellung, hiermit ein Gott wohlgefälliges Werk zu thun, darf bei Lösung der Aufgabe des Gesetzgebers ebenso wenig mitsprechen, als bei der Ausübung des Richteramts. — Man möge übrigens auch beherzigen, daß das Scheidungsbedürfniß durchaus kein Zeichen des Verfalls, sondern vielmehr umgekehrt die Kehrseite der Innigkeit und Häuslichkeit der Ehe ist, welche die Sitte und das Herz der Nation verlangt. Staaten, welche entweder noch unreif oder schon im Zerfallen begriffen sind, können die Ehescheidung nicht vertragen, Völker, welche gewöhnt sind, die Ehe mehr äußerlich oder gar frivol aufzufassen, Familien, welche mehr auf der Straße als im Hause leben, können das Scheidungsrecht zur Noth entbehren.

III. Maßgebend für die Gestaltung im Einzelnen ist einmal der am Ende des § I erörterte Inhalt des Rechtsverhältnisses, sodann die dort erörterte Eigenthümlichkeit desselben, vermöge deren auch solche Ereignisse, welche auf anderen Rechtsgebieten nur Erfüllungszwang oder Interessenforderungen herbeiführen würden, hier ebenfalls nur als bedingte oder unbedingte Rücktrittsgründe in Betracht kommen können.

Folgerichtig würden

1. als unbedingte Rücktrittsgründe (Scheidungsanspruch) anzuerkennen sein: Zweckvereitelung, sei es durch directen Rücktritt des andern Theils von dem Treueversprechen und durch absichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, sei es durch in der

---

[210]) Wir haben oben (§ III Anm. 146) einen Erlaß des Oberkirchenraths vom 15. Febr. 1859 mitgetheilt, nach welchem im Wege einer sogen. „milderen Praxis" das Wort Gottes auf die Verhältnisse des Lebens mit Weisheit und Milde zur Erhaltung der Heiligkeit der Ehe, aber auch zur Rettung der Personen und zum Schutze des Rechtes angewendet werden sollte. — Wir erinnern uns, daß damals nicht selten der Ausweg gefunden wurde, die Wiedertrauung zwar nicht geradehin zu verweigern, aber doch durch mancherlei Weiterungen und Anforderungen die Petenten (behufs Verleidung ihres Vorhabens) Jahre lang hinzuhalten. Die diesem Verfahren gegenüber hülflosen Petenten verfielen dem Concubinate, und der Erfolg war, daß sie, wenn ihnen nach mehrjähriger Verzögerung endlich die kirchliche Erlaubniß zur Wiederverheirathung ertheilt wurde, erklärten, nunmehr davon keinen Gebrauch mehr machen zu wollen. — Ein derartiges Verfahren würde nach bürgerlichen Sittlichkeits- und Rechtsbegriffen nicht zulässig sein.

Digitized by Google

Person des Andern eingetretene wesentliche Veränderung der Umstände. Hierher gehören: Ehebruch, verdächtiger Umgang, bösliche Verlassung, Verweigerung der ehelichen Pflicht, Eintritt körperlicher oder geistiger Unfähigkeit, Lebensnachstellung.

2. als bedingte Rücktrittsgründe: Sonstige Verletzung der Ehepflichten, ehrloses, unsittliches Verhalten oder andere, das Zusammenleben unerträglich machende Ereignisse, gegen welche Schutz gewährt werden muß, — auch nur durch Scheidung gewährt werden kann, — weil dem Verletzten längeres Zusammenleben nicht mehr zuzumuthen ist.

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich die zur Lösung der vorliegenden Aufgabe unmittelbar hinführenden Folgesätze sowohl in negativer als positiver Richtung.

In negativer Richtung dahin, daß die Grundsätze und Motive des Entwurfes nicht zu billigen sind, insofern sie

a) davon ausgehen, daß im öffentlichen Interesse und zur Verbesserung der Ehen die Scheidung möglichst zu erschweren sei;

b) in Verfolgung dieser Tendenz solche Ereignisse, welche nicht unter die Kategorie der Verschuldung fallen, unter dem unpassenden Titel „Willkür“ und „Zufall“ gänzlich ausschließen und

c) in §§ 1443, 1444 den Gebrauch der hier anerkannten Ehescheidungsgründe durch Proceßhäufung, Verzögerung und Gestattung richterlicher Willkür theils schmälern, theils vereiteln.

In positiver Richtung ergiebt sich, daß

A) als absolute Ehescheidungsgründe — außer Ehebruch,[211])

---

[211]) In § 1441 ist hinsichtlich des Ehebruchs die Ehefrau dem Ehemanne gleichgestellt, dagegen vollendeter Ehebruch vorausgesetzt, so daß verdächtiger Umgang nicht genügt. Das Compensationsprincip ist verworfen, dagegen die Scheidung dann ausgeschlossen, wenn der andere Ehegatte dem Ehebruch zugestimmt oder der Theilnahme daran sich verdächtig gemacht hat.

Anknüpfend an gewisse Bestimmungen des Römischen Rechts Nov. 117 cap. 8 § 2, Dernburg, Pand. III, § 26 Anm. 5 giebt der code civil a. 230 wegen Ehebruch des Mannes der Ehefrau nur dann das Recht, die Scheidung zu verlangen, „lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune“. Ebenso Bad. Lb.R. Satz 230, 230a. Nach Prß. Lb.R. II, 1 §§ 670, 671 kann die Ehefrau der auf Ehebruch gestützten Scheidungsklage des Mannes nicht den Einwand entgegensetzen, daß Kläger selbst die Ehe gebrochen. — Dazu R.G. bei Gruchot, Beitr. 31 S. 985 ff. Die Motive S. 582 bemerken: wenngleich der Ehebruch der Frau in-

Digitized by Google

Lebensnachstellung und böslicher Verlassung, §§ 1441, 1443 des Entwurfs, — noch folgende Thatbestände — entsprechend den §§ 673 bis 676 und §§ 694 bis 698 Th. II Tit. 1 Allg. Preuß. Landr.'s — anzuerkennen sind:

a) Fortsetzung verdächtigen Umgangs gegen richterliches Verbot, falls dringende Vermuthung der Treuverletzung vorliegt;
b) Versagung der ehelichen Pflicht;
c) Unheilbares Unvermögen oder den Ehezweck vereitelndes körperliches Gebrechen;
d) Unheilbare Geisteskrankheit, wenn sie entweder gefahrbringend ist oder den ehelichen Verkehr aufhebt.

B) Bösliche Verlassung[212]) begründet nach Erlaß des Rückkehrmandats und fruchtlos verstrichener Rückkehrfrist das Recht, sogleich auf Scheidung zu klagen. Der in § 1443 vorgeschriebene Proceß auf Herstellung des ehelichen Lebens kommt als zweckwidrig in Wegfall.

Jedoch wird durch die Rückkehrbereitschaft der inzwischen geschlechtlich bescholtenen Ehefrau der Ehescheidungsgrund der böslichen Verlassung nicht beseitigt. (Vergl. Allg. Preuß. Land-Recht II 1 §§ 677—687.)

C) Als relative Scheidungsgründe sind die in §§ 700—713, § 718[213]) specificirten Thatbestände anzuerkennen. Das

---

sofern für die Familie gefährlicher ist, als dadurch fremde Kinder in die Familie kommen können, so sei doch auch der Ehebruch des Mannes unter allen Umständen eine so schwere Verschuldung, daß der Ehefrau das Recht, deshalb Scheidung zu verlangen, unbedingt eingeräumt werden müsse.

[212]) Im § 1443 ist das Verfahren wegen böslicher Verlassung im Anschlusse an die Praxis des protestantischen Eherechts behandelt. Auch dieses unterscheidet zwischen eigentlicher Desertion, wenn der Aufenthalt des abtrünnigen Ehegatten unbekannt oder dem richterlichen Arme unerreichbar, und Quasidesertion, wenn derselbe erreichbar ist. — In Fällen der letzteren Art ist gemeinrechtlich die Scheidung nur dann zulässig, wenn die — nach vorheriger Verurtheilung des Abtrünnigen zur Herstellung des ehelichen Lebens — angeordneten Zwangsmittel sich als erfolglos erwiesen haben, und dadurch die Hartnäckigkeit des rechtswidrigen Willens des Beklagten außer Zweifel gesetzt ist. — Nach dem Entwurfe sind Zwangsmaßregeln ausgeschlossen. Ersatz dafür soll die ein Jahr lang fortgesetzte Renitenz gewähren. S. Seuff. Arch. Bd. 3 Nr. 67, Bd. 13 Nr. 262, Bd. 33 Nr. 136, Bd. 35 Nr. 295; § 16b. E.G. z. C.P.O.

[213]) Nach §§ 710 und 713 sind unordentliche Lebensart und Versagung des Unterhalts im Falle der constatirten Unverbesserlichkeit Scheidungsgründe. — Nach dem Entw. fallen sie unter § 1444, nach welchem dann noch erst auf Separation

Digitized by Google

heißt, der Richter hat zu ermessen, ob durch sie oder sonst durch schwere Verletzung der Ehepflichten bezw. ehrloses, unsittliches oder unüberwindlichen Widerwillen erregendes Verhalten eine so tiefe Zerrüttung der Ehe herbeigeführt ist, daß entweder der Zweck der Ehe als vereitelt zu erachten ist, oder dem klagenden Theile die Fortsetzung einer solchen Ehe seinen persönlichen Verhältnissen nach nicht zugemuthet werden kann.

Liegt dies vor, so ist der Scheidungsanspruch begründet. Statt dessen Trennung von Tisch und Bett zu verlangen, ist Kläger weder berechtigt noch verpflichtet. Wohl aber ist der Gerichtshof befugt, das Verfahren auf höchstens ein Jahr auszusetzen.

D) Auf Grund der unter A und C fallenden Thatbestände kann eine kinderlose oder seit mindestens drei Jahren bestehende Ehe auch dann geschieden werden, wenn

a) beide Ehegatten übereinstimmend (eidesstattlich) versichern, daß ein solcher gesetzlicher Ehescheidungsgrund zwischen ihnen vorliege, sie jedoch denselben namhaft zu machen Bedenken tragen, und keine Hoffnung auf Aussöhnung vorhanden sei, auch

b) das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Ehe in der That zerrüttet sei, und die beiderseits abgegebene Erklärung weder auf Leichtsinn oder Uebereilung, noch auf heimlichem Zwang beruhe.

Vergl. Allg. Preuß. L.R. a. a. O. § 716—718b.

Die Rechtfertigung der unter A, B und D gemachten Vorschläge ergiebt sich aus dem oben S. 213 ff. Gesagten.

Hinsichtlich der böslichen Verlassung ist auch schon von anderer Seite[214]) mit Recht bemerkt worden, daß man sich für die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht erwärmen könne, zumal Erzwingung

---

bis zu zwei Jahren zu erkennen sein würde. Da dies ganz unpassend, so bliebe, falls § 1444 nicht noch, wie im Texte unter C vorgeschlagen, abgeändert wird, nur übrig, obige Fälle als absolute Scheidungsgründe anzuerkennen.

[214]) S. Berolzheimer, Familienrecht; in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 299, 312. Ganz anders Kloeppel, das Familien- und Erbrecht des Entw. in Rassow-Küntzel, Beitr. Bd. 33 S. 87 f. Derselbe findet in dem Desertionsprocesse die kläglichste Hülflosigkeit des selbstgesteckten Ideals der Scheidungsstrenge und will statt der Nöthigung zur Klage, das thatsächliche Zusammenleben durch richterliche Verfügung auf Geldstrafen und Beschlagnahme des Vermögens zwangsweise wiederherstellen.

Digitized by Google

durch Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist; ferner, daß die Construction des Quasidesertionsprocesses das Verfahren zu sehr erschwert und die Kosten erhöht.

In Folge der Nothwendigkeit, zwei Processe statt eines zu führen, kann der andere Theil durch Verschleppung sich Jahre lang ungestraft der Gemeinschaft entziehen. Auch legt die zu große Erschwerung — hier wie überall — die Gefahr nahe, daß das Gesetz durch künstliche Schaffung anderer Scheidungsgründe umgangen werde.

Einer besonderen Besprechung bedarf nur noch die Behandlung der sogen. relativen Scheidungsgründe unter C.

Das System des Entwurfs in dieser Beziehung ist folgendes:

1. Die relativen Scheidungsgründe werden nicht casuistisch einzeln aufgeführt, sondern es wird nur ein allgemeines, den Bedürfnissen Rechnung tragendes Princip aufgestellt, und höchstens beispielsweise einer oder der andere Grund besonders hervorgehoben.[215])

2. Weil die Sachlage häufig derartig, daß zwar dem klagenden Theil die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann, die Hoffnung auf Herstellung des ehelichen Verhältnisses jedoch nicht ausgeschlossen ist, gewährt der Entwurf dem Kläger das Recht zu verlangen,[216]) daß nicht sofort auf Scheidung erkannt werde, sondern zunächst auf zeitweise Trennung von Tisch und Bett.

In der Regel soll nur hierauf erkannt werden; ganz im Gegensatze zu § 580 C.P.O., nach welchem nur ausnahmsweise Aussetzung des Verfahrens auf höchstens ein Jahr angeordnet werden kann. (Mot. S. 593 ff.)[217])

---

[215]) Es wird in den Mot. a. a. O. 572 f., 593 ff. näher dargestellt, weshalb namentlich Mißhandlungen und Beleidigungen, entehrende oder längere Freiheitsstrafen, hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht nicht casuistisch als absolute Scheidungsgründe, sondern nur als inbegriffen in dem allgemeinen Princip des § 1444 berücksichtigt sind. Auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett soll nur beim Vorhandensein eines relativen Scheidungsgrundes erkannt werden. Mot. S. 578 f.

[216]) Nach den Mot. S. 598 soll auf zeitweilige Trennung nur erkannt werden, wenn Kläger es verlangt hat. Mit anderen Worten, Kläger muß jedesmal ausdrücklich Scheidung event. zeitweilige Trennung beantragen. Richtet er den Antrag nur auf Scheidung, so würde er gänzlich abgewiesen werden, falls nicht etwa nach Ansicht des Gerichtshofes „die Aussicht auf Herstellung des ehelichen Verhältnisses ausgeschlossen ist".

[217]) Wenngleich sich das Trennungsurtheil nach Mot. 599 als bedingtes Scheidungsurtheil qualificirt, auf Grund dessen nach Ablauf der Trennungszeit die Scheidung beansprucht werden kann, so bedarf es hierzu doch einer neuen

Digitized by Google

3. Daß sofortige Scheidung ausnahmsweise dann zugelassen wird, wenn das Gericht jede Aussicht auf Herstellung des ehelichen Verhältnisses für ausgeschlossen erachtet, wird durch die Erwägung gerechtfertigt, daß in solchen Fällen das Urtheil auf zeitweilige Trennung — abgesehen von den vermögensrechtlichen Verhältnissen, — nur die Bedeutung eines Verbotes der Wiederverheirathung auf Zeit haben würde, es aber Angesichts der erheblichen Beschränkung der absoluten Scheidungsgründe bedenklich sei, bei den relativen die Möglichkeit sofortiger Scheidung ohne zwingende praktische Gründe gänzlich auszuschließen. (Motive S. 598.)

Die Mängel, welche dieses System als unannehmbar erscheinen lassen,[218]) sind folgende:

1. In den Motiven wird gesagt, es lasse sich in der großen Mehr-

---

Klage mit vorhergehendem besonderen Sühneversuche, § 570 ff. C.P.O. — Wird aber von dem Verurtheilten nach § 1445 Abs. 2 Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben, so kann der dem Trennungsurtheil zu Grunde liegende Scheidungsgrund regelmäßig nicht durch Einrede, sondern nur durch Widerklage auf Scheidung geltend gemacht werden.

[218]) Es soll jedoch nicht verschwiegen werden, daß in einer Beziehung wenigstens der § 1444 d. E. einen wesentlichen Fortschritt darstellt gegenüber den preuß. Ehegesetz-Entwürfen. In diesen war nämlich die Relativität dahin formulirt, es solle aus den betr. landrechtlichen Gründen nicht geschieden werden, es sei denn, daß das Gericht pp. die Ueberzeugung gewinnt, die Ehe sei durch Schuld des verklagten Theiles in nicht minderem Grade zerrüttet, als wie durch Ehebruch oder bösliche Verlassung. (So in den Entw. von 1844, 1854, 1856, 1859; in 1860 hieß es nur noch „wie durch Ehebruch".) Die wiederholten Anträge des Abg. Strohn, statt der hervorgehobenen Worte zu sagen: „dergestalt, daß zu einer Aussöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes gar keine Hoffnung mehr übrig bleibt" (Verh. 1857 S. 295, 318), bezw. die hervorgehobenen Worte einfach zu streichen (Verhandl. 1859 S. 430 ff., 441), wurden verworfen, weil jene Formulirung des Entw. dem kirchengeschichtlichen Standpunkte entspreche, der damals vorherrschend war. Von diesem Standpunkte aus ist die Möglichkeit, andere Scheidungsgründe als Ehebruch und bösliche Verlassung zuzulassen, nur dadurch gegeben, daß man die Grundsätze analoger Gesetzesauslegung auf die heilige Schrift als Rechtsquelle anwendet. Vom Standpunkt des bürgerlichen Rechts dagegen ist jene Normirung praktisch unbrauchbar, weil Ehebruch in gewissen Fällen die Ehe nicht zerrüttet, bösliche Verlassung aber, als solche äußerlich nicht erkennbar, vorzüglich als Ersatzmittel für andere nicht zugelassene Ehescheidungsgründe dient, in anderen Fällen z. B. bei Trunkenheit, unordentlicher Wirthschaft, Mißhandlungen u. dgl., von dem Verlassenen sogar als Wohlthat empfunden wird. — Die Verfasser des Entw. haben denn auch aus den in den Mot. S. 594 entwickelten Gründen Ehebruch und bösliche Verlassung als Norm fallen lassen und eine dem älteren Strohn'schen Antrag sich annähernde Formel adoptirt.

Digitized by Google

zahl der Fälle mit Rücksicht auf die Verschiedenheiten der Bildung, der äußeren Stellung, auf Charakter und Persönlichkeit der Ehegatten nicht im Voraus bestimmen, ob gewisse Handlungen dem anderen Theile die Fortsetzung der Ehe unerträglich machen oder nicht.

Dies könne nur im einzelnen Falle richtig gewürdigt werden, und dieser Gesichtspunkt führe dahin, nur das in § 1444 formulirte allgemeine Princip, — statt Aufführung der relativen Scheidungsgründe im Einzelnen — aufzustellen.

Die Folgerung ist nicht richtig; denn das Angeführte trifft ebenso gut zu auch bei den absoluten Scheidungsgründen, deren Anerkennung gleichwohl nicht vom Ermessen des Richters abhängig gemacht werden darf.

Abgesehen hiervon ist aber die Fassung des § 1444 viel zu enge, weil sie auf dem ganz unzulänglichen Delictprincipe beruht.[219]) Es giebt Thatbestände, welche die Ehe mindestens ebenso wie absolute Scheidungsgründe zerrütten können, gleichwohl aber nicht nothwendig den Kategorieen: schwere Pflichtverletzung bezw. ehrloses oder unsittliches Verhalten, unterstellt werden müssen; z. B. Drohungen, Unverträglichkeit und Zanksucht, unordentliche Wirthschaft, Mangel am Unterhalte. Ferner können ekelerregende Gewohnheiten, abstoßendes rohes Benehmen, Unsauberkeit des Körpers und der Gesinnung für fein organisirte, hochgebildete Personen das Zusammenleben unerträglich machen.

Es ist daher, um einerseits dem vielgestaltigen Bedürfnisse zu genügen, andererseits Mißverständniß und Willkür auszuschließen oben unter C. vorgeschlagen:

a) Die in den §§ 700—713 specificirten Thatbestände als relative Scheidungsgründe einzeln zu benennen, und

b) hinzuzufügen, daß schwere Pflichtverletzung, sowie unsittliches, ehrloses oder unüberwindlichen Widerwillen erregendes Verhalten ihnen gleichstehe.

2. Die den §§ 1444, 1445 zu Grunde liegende Tendenz, die Scheidung in diesen Fällen auf einige Jahre hinauszuschieben und durch Ein-

---

219) Nach § 1742 des Sächs. B.G.B. kann eine Ehefrau die Scheidung dann verlangen, wenn auf Grund ärztlicher Untersuchung sich ergiebt, daß wegen eines unheilbaren Gebrechens, an welchem sie leidet, aus der Fortsetzung des Beischlafs für sie Lebensgefahr entstehen würde. Auch dies hat im Entw. (Mot. a. a. O. S. 570) keine Billigung gefunden. Dem Princip zu Liebe muß solche Ehefrau abwarten, bis durch Verschulden des sie zum Beischlafe nöthigenden Ehemannes ihr Leben wirklich gefährdet wird. — S. auch Seuff. Arch. Bd. 44 No. 29.

Digitized by Google

schiebung eines vorgängigen Trennungsprocesses zu vertheuern, ist rechtsverletzend und um so weniger zu billigen, als die Separation — nach eigener Andeutung der Motive — annähernd dieselbe Wirkung hat, wie das als gemeinschädlich verpönte tempus clausum.

Vom Rechtsstandpunkte muß die Ueberzeugung, daß dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann, den Scheidungsanspruch unbedingt begründen.[220]) Denselben von dem Ausschluß aller Aussicht für die Zukunft abhängig machen, heißt, ihn der Willkür preisgeben — und indirect vereiteln; denn zur Abweisung würde darnach in allen Fällen die Erwägung genügen, daß bei Gott kein Ding unmöglich sei.

Vor Allem aber ist — wie Hinschius mit Recht hervorgehoben hat,[221]) — die Herbeiführung der nach den Motiven S. 599 als Versöhnungsmaßregel gedachten Trennung durch eine bedingte Scheidung, — denn dem Trennungsurtheil ist die materielle Bedeutung eines durch Nichtaussöhnung bedingten Scheidungsurtheils beigelegt, — „eine juristisch-technische Regelung, welche jedem gesunden Gefühle widerspricht".

Hiernach dürfte der hinsichtlich der relativen Scheidungsgründe oben unter C. gemachte Vorschlag als gerechtfertigt erscheinen.

---

[220]) Ein Scheidungsurtheil, welches „Eheloſigkeit oder Aussöhnung" auferlegt, wäre eine contradictio in adjecto. S. v. Harleß, die Ehescheidungsfrage S. 105. Durch die Feststellung, daß dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden könne, ist die Scheidung für gerechtfertigt erklärt.

[221]) Hinschius, das Personenrecht d. Ehegatten im Entw. im Arch. für civ. Pr. Bd. 74 S. 89 f. Hier wird auch hervorgehoben, daß § 1444 d. Entw. die Ehescheidung ganz ohne Grund gegenüber dem preußischen, sächsischen und gemeinen Rechte erheblich beschränkt. — Nach § 1752 des Sächs. B.G.B. kann Kläger unbeschadet seines Rechts auf Scheidung, vorerst bloße Trennung verlangen. Dies ist etwas ganz Andres, als der im § 1444 d. Entw. gewährte Trennungsanspruch, welcher in der regelmäßigen Nichtberechtigung zur Scheidung besteht. Der Anspruch auf Scheidung muß bei den relativen Gründen anerkannt werden, allenfalls mit der von Hinschius vorgeschlagenen Maßgabe, daß das Gericht, falls es Versöhnungsmaßregeln für angezeigt hält, in Erweiterung der Aussetzungsbefugniß aus § 580 C.P.O. zeitweilige Trennung während der Aussetzung des Verfahrens aussprechen kann, falls es eine Aussöhnung für nicht unwahrscheinlich hält. — Das Sächs. B.G.B. enthält in §§ 1754—1765 ausführliche Vorschriften über die Trennung von Tisch und Bett, auf welche „nach richterlichem Ermessen" auf eine Zeit von sechs Monaten bis höchstens einem Jahre erkannt werden kann, wenn ernste Zerwürfnisse bestehen, Leben oder Gesundheit des Ehegatten oder der Kinder gefährdet erscheint, oder der Ehegatte einen unsittlichen Lebenswandel führt.

Digitized by Google

Zum Schlusse ist noch der etwa auftauchenden Meinung entgegenzutreten, als seien die im Entwurfe vorgeschlagenen Beschränkungen der Ehescheidung ziemlich gleichgültig und ungefährlich oder, wie sich Stahl einmal ausdrückte,[222]) „von weit mehr Werth für Anstand und Würde der Gesetzgebung, als für einen Erfolg im Leben".

Einer derartigen Auffassung kann nicht entschieden genug entgegengetreten werden. Denn es handelt sich hier, ganz wie in den Fragen der Gerichtsbarkeit in Ehesachen und der Eheschließung durch priesterliche oder bürgerliche Trauung, um die Aufrechterhaltung der Selbständigkeit und Reinheit der bürgerlichen Gesetzgebung gegenüber bewußten Angriffen und Uebergriffen sowohl, als gegenüber hergebrachten Vorurtheilen und Unklarheiten.

Wir sehen dies deutlich in der connexen Frage der Eheschließung, hinsichtlich deren der Entwurf bestimmt, daß die Ehe nur vor einem Standesbeamten geschlossen werden kann.[223])

Die Motive Bd. IV S. 36 fertigen diesen Punkt mit der Bemerkung ab, es brauche auf die für oder gegen das Institut der obligatorischen Civilehe sprechenden Gründe nicht eingegangen zu werden. Denn ohne die zwingendsten Gründe würde ein Abgehen von dem bestehenden Reichsrechte nicht gerechtfertigt sein; solche zwingende Gründe seien aber als vorliegend nicht anzuerkennen.

Statt dessen hätten wir — offen gestanden — lieber die Erklärung gesehen, daß an der obligatorischen Civilehe nicht zu rütteln sei, weil sie der Eckstein der staatlichen Ehegesetzgebung ist und die nothwendige Vorbedingung einer gesunden Entwickelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche bei Ordnung der Ehesachen.

Es wird nämlich katholischerseits schon jetzt angekündigt, die katholischen Abgeordneten würden den ganzen Entwurf abzulehnen sich genöthigt sehen, wenn nicht entweder die kirchliche Eheschließung nach dem Beispiele Englands vollständig freigegeben, oder die

---

[222]) S. Verhandl. v. 1860 S. 163 f. 165. Richtig insofern, als die gestrichenen Ehescheidungsgründe im Wege der Selbsthilfe, wenn nicht durch „Mord und Todtschlag", statt dessen durch Ehebruch, bösliche Verlassung und dergl. ersetzt werden. Die Herbeiführung solcher Erfolge gehört, wenn auch vielleicht vom dogmatischen, so doch nicht vom bürgerlichen Standpunkte aus zum „Anstande der Gesetzgebung".

[223]) S. § 1245 und die Anmerkung dazu betr. Abänderung der Reichsges. v. 6. Febr. 1875 Art. 28 und Mot. S. 139 des Entw. des Einf.-Ges. Der § 1249 formulirt die zu beantwortende Frage dahin, daß die Verlobten „die Ehe mit einander eingehen wollen".

Digitized by Google

Titel von Eingehung und Auflösung der Ehe ganz gestrichen werden.[224])

Und von protestantischer Seite wird längst schon für die Umkehr von der obligatorischen zur facultativen Civilehe agitirt, indem man für dieselbe namentlich geltend macht:[225])

> Seit die bürgerliche Obrigkeit religionslos geworden, sich an die Anforderungen christlicher Sittlichkeit nicht mehr gebunden halte, müsse die Kirche fordern, daß nicht bloß der Civilact, sondern auch die kirchliche Trauung Bedingung der Ehe sei. Da nun dieselbe Ehe nicht zweimal geschlossen werden könne, der sog. Kaiserparagraph aber (§ 82 des Reichs-Gesetzes vom 6. Februar 1875) die kirchliche Traupflicht unmittelbar sanctionirt habe,[226]) so sei damit die Wirkung des Civilacts als bürgerliche Eheschließung verneint; der Civilact könne somit nichts weiter sein, als rechtliche Vorbedingung (condicio sine qua non) der kirchlich vorzunehmenden Eheschließung. Hieraus folge die Nothwendigkeit, die obligatorische Civilehe wieder abzuschaffen, von selbst.

Es ist einer der geistreichsten lebenden Juristen, welcher auf diese Weise die Aufgabe zu lösen sucht, weitverbreitete, unklare Anschauungen

---

[224]) S. Schilling (R.A. beim Oberlandesgericht zu Cöln), Aphorismen zu dem Entw. pp. Allg. Theil 1888 S. 14 f. „Gänzlich verfehlt ist das Eherecht. Es stellt sich auf den Standpunkt der Confessionslosigkeit, welcher in einer Zeit, wo wir so viele Heiden unter uns haben, diesen nachgelassen werden mag, aber nun und nimmermehr gläubigen Christen aufgedrungen werden darf pp." Weiterhin ist dann die Rede von „dem Sumpfe der Gleichstellung mit gewöhnlichen Verträgen, in welchen die Staatsgesetzgebung immer tiefer hinabgleitet".

[225]) Sohm, die obligatorische Civilehe und ihre Aufhebung. Ein Gutachten. Weimar 1880. S. 20 ff., 34 ff. Ebenso, jedoch mit abweichender Begründung, Dieckhoff, die kirchliche Trauung, Rostock 1878. Civilehe und kirchliche Trauung, Rostock 1880.

[226]) Der diese „unmittelbare Sanctionirung" enthaltende § 82 lautet: „Die kirchlichen Verpflichtungen in Beziehung auf Taufe und Trauung werden durch dieses Gesetz nicht berührt." Mit anderen Worten: In Folge der Religionslosigkeit der weltlichen Obrigkeit ist die Kirche (d. h. die orthodoxe Geistlichkeit, weil die andere vorläufig nichts zu sagen hat) verpflichtet zur Nichtanerkennung des ihren Anforderungen nicht entsprechenden bürgerlichen Gesetzes, wozu der § 82 a. a. O. sie ausdrücklich ermächtigt. Der Gesetzgeber kann sich also nicht beklagen, wenn die Kirche die bürgerlich Getrauten als verheirathet nicht anerkennt, ihnen die Lebensgemeinschaft bis zur nachfolgenden kirchlichen Trauung untersagt, bei dieser die Ehefrau ausdrücklich als Jungfrau mit ihrem Geburtsnamen anredet u. s. f.

Digitized by Google

juristisch zu formuliren. Was er für unbedingt nothwendig erklärt, ist nichts Anderes, als daß die gottesdienstliche Handlung des Treuversprechens vor Gott und der Segensanrufung wiederum zur Solennitätsform für den bürgerlichen Vertragsact gemacht werden, letzterer durch erstere absorbirt werden müsse, trotzdem beide Acte ganz verschiedenen Lebensgebieten angehören, sowohl in ihrem Inhalte als in ihren Wirkungen von einander durch und durch geschieden sind.[227])

Für eine Widerlegung ist hier nicht der Ort. — Es soll nur im Voraus aufmerksam gemacht werden auf die von kirchlicher Seite bei Feststellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erwartenden Angriffe, durch welche man versuchen wird, die Selbständigkeit der Gesetzgebung und den bürgerlichen Charakter des Eherechts aufhebende oder doch in Frage stellende Bestimmungen oder Vorbehalte durchzusetzen.

Dabei darf wohl als bekannt angenommen werden, daß die kirchlichen Anforderungen, sobald ihnen in etwas nachgegeben wird, immer weiter gehen werden.

Diesen Bestrebungen mit Erfolg entgegenzutreten, wird aber nur dann gelingen, wenn der Inhalt des B.G.B. selbst keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß es ein rein Bürgerliches Gesetzbuch ist, sein soll und sein will.

Eben deshalb halten wir jede Halbheit in dieser Beziehung nicht nur für verwirrend und unlogisch, sondern auch für schädlich und für unpolitisch.

Eine solche Halbheit aber ist unleugbar die halb kirchlich-dogmatische, halb politisch-bürgerliche Mittelstellung, welche der Entwurf im Ehescheidungsrechte einnimmt.

Das Lob der Confessionslosigkeit von seiten politischer Beurtheiler hat er durch diese Mittelstellung verscherzt, wird aber darum doch nicht — ebenso wenig wie das Allg. Preuß. Landrecht — dem Vorwurfe der Religionslosigkeit seitens derjenigen entgehen, welchen Gottes Ordnung in der Kirche sichtbar ist, aber nicht im Staate.

---

[227]) Der historischen Entwickelung nach war bekanntlich die kirchliche Handlung nichts als Gebet und Erflehung des göttlichen Segens für die bereits geschlossene und consummirte Ehe. Auf diesen Standpunkt der alten Kirche hätte man, wie Sohm a. a. O. S. 26 mit Recht bemerkt, in Folge Einführung der obligatorischen Civilehe zurückkehren müssen, statt die kirchliche Trauung neben der bürgerlichen Trauung beizubehalten. Dieser Schritt bleibt der Zukunft vorbehalten.

Digitized by Google

Anhang.

Edict gegen die Mißbräuche der überhand genommenen Ehescheidungen.

De Dato Berlin, den 17. November 1782.

Wir Friderich, von Gottes Gnaden, König von Preussen, ꝛc. ꝛc. Thun kund und fügen hiedurch zu wissen: Wie Wir Höchstselbst mißfällig bemerkt haben, daß in verschiednen Unsren Provinzen die Ehescheidungen, und deshalb entstehende Prozesse sehr überhand nehmen; und daß selbst einige Gerichte, aus Mißverstand und allzuweiter Ausdehnung der bisher ergangnen Verordnung in Zulassung solcher Prozesse und in Trennung gültiger Ehen, nicht allemal mit einer der Wichtigkeit der Sache gemäßen Vorsicht und Ueberlegung zu Werke gehen. Da nun aber durch eine solche übertriebne Leichtigkeit bey den Ehescheidungen der öffentliche Wohlstand beleidigt; die Zügellosigkeit der Sitten, und der Hang der Gemüther zur ungescheuten Verletzung der heiligsten Verbindungen bestärkt; dadurch auf der einen Seite die Schliessung mancher unschicklichen und unüberlegten Ehen veranlaßt, auf der andern aber auch, wegen des Anstoßes, den eine zweyte Heyrath geschiedener Personen gemeiniglich findet, und wegen der Besorgnisse, womit die Unzuverläßigkeit so vieler Ehebündnisse bedenkliche Gemüther nothwendig erfüllen muß, die dem Staat so nachtheilige Ehelosigkeit noch mehr befördert; dem zur häußlichen Glückseligkeit so nöthigen gegenseitigen Bestreben der Eheleute, sich in einander zu schicken und allen Anlaß zu Mißvergnügen und Widerwillen sorgfältig zu vermeyden die mächtigste Triebfeder genommen, den schädlichen Eindrücken der Verführung freyer Zugang eröffnet; solchergestalt die innere Ruhe und Ordnung der Familien gestöhrt; vornehmlich aber den aus solchen Ehen erzeugten Kindern, wegen des in den Gemüthern der geschiedenen Eltern gegen sie nur allzuleicht entstehenden Kaltsinns und Abneigung, sowohl durch Vernachläßigung ihrer Erziehung, als durch Entfremdung und Zersplitterung des Vermögens, der größte Nachtheil zugefügt wird:

So haben wir aus landesväterlicher Huld und Vorsorge für das allgemeine Beste des Staats, und den Privat-Wohlstand Unsrer getreuen Unterthanen beschlossen, diesen Mißbräuchen durch gegenwärtiges Edict zu steuren, und gewisse Regeln festzusetzen, nach welchen von nun an in Ehescheidungssachen verfahren werden soll.

Wir wollen daher und verordnen hierdurch, daß

I. Ehescheidungen nicht anders, als aus sehr erheblichen Ursachen zugelassen, dabey

II. Von Seiten der Gerichte mit größter Vorsicht und Behutsamkeit verfahren, und zur Wiederherstellung des guten Vernehmens, unter den in Zwietracht gerathenen Ehegatten, alle ersinnliche Mühe angewendet; dahingegen

III. Wenn diese Bemühungen fruchtlos, und die nachtheiligen Folgen der gezwungnen Fortsetzung einer solchen unverträglichen Ehe klar wären, auf deren Trennung zwar erkannt, dabey aber

Digitized by Google

IV. Für die Erziehung der vorhandenen Kinder, und die Erhaltung des ihnen von den geschiednen Eltern dereinst zukommenden Vermögens, mit der größten Aufmerksamkeit gesorgt werden solle.

Damit nun aber auch ein jeder, und vornehmlich die Justiz-Collegia und Gerichte, von dieser Unsrer vorstehend im Allgemeinen declarirten Intention desto vollständiger unterrichtet, und Wir von deren genauen Beobachtung zuverläßig versichert seyn können, haben Wir darüber annoch folgende nähere Bestimmungen beyzufügen für gut befunden.

§. 1.

Soviel zuförderst diejenigen Ehen betrift, welche wegen allzu naher Verwandschaft, wegen vorgefallnen Zwanges, wegen ermangelnder Einwilligung der Eltern, oder der an ihre Stelle tretenden Personen, oder aus andern Gründen, von Anfang an für null und nichtig zu achten sind; so soll es deßhalb, vor der Hand, und bis zur Publikation des allgemeinen Gesetzbuchs, bey den bisherigen Verordnungen sein Bewenden haben.

§. 2.

Dahingegen sollen Ehen, die an und für sich gültig sind, hauptsächlich nur wegen des von einem oder dem andern Theile begangenen Ehebruchs getrennet werden können.

§. 3.

Einem solchen Ehebruch soll jedoch gleich geachtet werden, wenn ein Ehegatte mit einer andern Person in einem unerlaubten Umgang dergestalt betroffen worden, daß daraus die dringende Vermuthung einer würklichen Verletzung der ehelichen Treue entstehet.

§. 4.

Bloßer Verdacht also, der etwa nur aus Argwohn und Eifersucht des andern Theils entspringt, und durch dergleichen dringende Vermuthungen nicht unterstützt wird, soll zur Trennung der Ehe keinesweges hinreichend seyn; sondern die Gerichte müssen, wenn Beschwerden dieser Art bey ihnen einkommen, das aufgebrachte Gemüth des argwöhnlichen Ehegatten durch vernünftige Vorstellungen zu beruhigen suchen; wenn sich aber ein scheinbarer Anlaß des Verdachts findet, dem beschuldigten Theile den fernern Umgang mit denjenigen Personen, deren Vertraulichkeit mit ihm zu dem entstandenen Mißvergnügen Gelegenheit gegeben hat, gerichtlich untersagen; einen solchen dem klagenden Theile etwa verdächtig gewordenen Dienstbothen aus dem Hause und Dienste fortschaffen; solchemnach durch dergleichen und andre schickliche Vermittelungen, allenfalls mit Zuziehung der nächsten Verwandten von beyden Theilen, die Eintracht und Ruhe der Gemüther wieder herzustellen bedacht seyn.

§. 5.

Wenn jedoch der beschuldigte Theil, dieses gerichtlichen Verboths und Warnung ohnerachtet, durch Fortsetzung der vorigen Lebensart und vertraulichen Umgangs mit solchen Personen, dem andern Ehegatten zu neuen Klagen Anlaß gäbe, und also der bloße Verdacht in eine dringende Vermuthung des ehebrecherischen Umgangs übergienge; so soll alsdann der Ehescheidungs-Prozeß zugelassen, und die Ehe selbst, bewandten Umständen nach, wenn der angeklagte Theil seine Unschuld nicht vollkommen ausweisen kann, getrennet werden.

Digitized by Google

§. 6.

Ein zweyter erheblicher Grund der Ehescheidung soll seyn, wenn ein Ehegatte den andern, ohne dessen Einwilligung, und ohne rechtmäßigen Grund der Entfernung verläßt; und entweder aus dem Lande geht, oder seinen Aufenthalt über Jahr und Tag dergestalt verheimlicht, daß solcher, aller angewandten Mühe ohnerachtet, nicht ausgeforscht werden kann.

§. 7.

Ist der Aufenthalt des entwichenen Theiles innerhalb Landes bekannt, so soll derselbe, wenn es die Frau wäre, zu ihrem Mann zurückzukehren, und die Ehe mit ihm zu continuiren genöthiget; der Ehemann aber, welcher die Frau verlassen hat, soll, nach Bewandniß der Umstände, entweder ebenfalls zur Rückkehr, oder zur Annehmung der ihm folgenden Ehefrau, angehalten werden.

§. 8.

Wenn jedoch alle richterliche Befehle und Verfügungen fruchtlos sind, die entwichene Ehefrau zur Rückkehr, oder den Mann zur Annahme der von ihm verlaßnen Ehegattin zu vermögen, oder wenn ein solcher Ehegatte sich der Entweichung von dem andern zum zweyten male schuldig macht, so soll dieses einer bößlichen Verlassung gleich geachtet werden.

§. 9.

Wenn eine Ehefrau, wegen erheblicher Ursachen zur Scheidung, sich von ihrem Manne zu entfernen genöthiget glaubt; so muß sie solches, nebst ihren Gründen dazu, sofort anzeigen; auch richterliche Untersuchung und Verfügung darüber gewärtigen: in wie fern ihr bis zum Austrage des anzustellenden Scheidungsprozesses, von dem Manne getrennt zu leben, verstattet werden könne.

§. 10.

Eine gänzliche, beharrliche, und muthwillige Versagung der ehelichen Pflicht, wird der bößlichen Verlassung gleich geachtet. Geschicht aber die Weigerung nur zuweilen, oder wird sie durch Krankheit, oder ein während der Ehe entstandenes Unvermögen verursacht; so ist solches kein hinlänglicher Grund zur Ehescheidung.

§. 11.

Wegen eines aus erheblichen Gründen entstandenen unversöhnlichen Hasses kann eine Ehe rechtmäßiger Weise getrennt werden.

§. 12.

Als erhebliche Gründe eines solchen Hasses sollen aber nur gelten: Wenn ein Theil dem andern nach dem Leben getrachtet, oder solche Thätlichkeiten, woraus ein dergleichen Vorsatz vermuthet werden muß, an ihm verübt hat; wenn einer den andern solcher Verbrechen, worauf der Verlust des Lebens, oder der bürgerlichen Ehre gesetzt ist, fälschlich anklagt; wenn unter Ehegatten von mittlerm oder höherm Stande, einer den andern, ohne gegebne dringende Veranlassung, und nicht etwa einmal in auffahrender Hitze und Uebereilung, mit groben Scheltworten oder gar Thätlichkeiten behandelt; wenn ein Ehegatte, wegen begangner Verbrechen, mit einer infamirenden Strafe, oder doch mehr als einjähriger Festungs- oder Zuchthausarbeit, durch Urtel oder Recht belegt, oder aus dem Lande geschaft wird; wenn er schon vor eingeschritner Ehe mit einem geheimen Eckel und Abscheu erregenden, oder

Digitized by Google

die Erfüllung aller Zwecke des Ehestandes gänzlich hindernden Gebrechen behaftet gewesen; oder wenn er sich dergleichen Gebrechen, während der Ehe, vorsetzlich oder durch grobes Verschulden zugezogen hat; ingleichen, wenn ein Ehegatte gegen den andern eine so unverträgliche Gemüthsart, Zanksucht und Boßheit dergestalt beweiset, daß dadurch der unschuldige Theil, zumalen bey einer schwachen und empfindlichen Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit, in der Länge durch Gram und Kummer, Leben und Gesundheit zu verlieren Gefahr läuft.

§. 13.

Bloße Zänkereyen also, oder auch Thätlichkeiten, die unter gemeinen Leuten nur ein oder andres Mal vorfallen, selbst wenn letztere daß Maaß einer erlaubten Züchtigung in etwas zu überschreiten scheinen, wofern solche nur nicht mit würklicher Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit verknüpft gewesen, sollen zur Trennung des Ehebandes nicht hinreichend seyn. Der Richter aber soll in dergleichen Fällen die Ursach oder Veranlassung der vorfallenden Zwistigkeiten möglichst aus dem Wege zu räumen suchen; und solche Maaßregeln festsetzen, damit der schuldige Theil durch vernünftiges Zureden, ernstliche Warnungen, auch wohl zweckmäßige Strafen, zu seiner Pflicht und besserer Verträglichkeit zurück geführt werde.

§. 14.

Eben so wenig sollen der Vorwurf einer schlechten unordentlichen Wirthschaft; der Neigung zum Trunk, oder zur Verschendung; oder die vorgebliche Versagung des Unterhalts, ohne Unterstützung andrer Gründe, für gültige Ursachen der Scheidung angesehen werden; sondern die Gerichte müssen in solchen Fällen dafür sorgen, daß der zum liederlichen Leben geneigte Ehegatte durch ernstliche Vorstellungen und diensame Zwangsmittel gebessert; dem Schuldenmachen und der Verschwendung, durch Zweckmäßige Vorkehrungen, und allenfalls durch öffentliche Prodigalitäts-Erklärung Gränzen gesetzt; auch der Beschwerde über versagten auskömmlichen Unterhalt, durch den Umständen angemessene, allenfalls mit Zuziehung der nächsten Verwandten oder unmittelbaren Vorgesetzten, zu treffende Wirthschafts-Einrichtungen, abgeholfen werde.

§. 15.

Wenn jedoch die in den Fällen des §. 13. 14. getrofnen Vorkehrungen, zur Besserung des schuldigen Ehegatten, fruchtlos sind; und derselbe in seinen Ausschweifungen und Vergehungen beharrlich fortfährt; so soll der unschuldige Theil zur förmlichen Klage zugelassen werden; und der Richter soll, wenn er bey pflichtmäßiger Prüfung der obwaltenden Umstände, und der zur Besserung des Schuldigen bereits gemachten Versuche findet, daß die Fortsetzung der Ehe keine andre, als traurige Folgen für den unschuldigen Theil haben könne, ein dergleichen unglückliches Ehebündniß durch Urtel und Recht aufheben.

§. 16.

Krankheiten, und selbst eine während der Ehe, ohne Verschulden entstandene Impotenz, sind kein rechtmäßiger Grund zur Ehescheidung. Doch soll, wenn ein Ehegatte in eine Raserey gefallen ist, die über ein Jahr, ohne wahrscheinliche Hoffnung zur Besserung fortdauert, und der andre Theil solche Umstände nachweiset, die ihm, zur Abwendung des Ruins seiner Nahrung oder Gewerbes, eine anderweitige

Digitized by Google

Verheyrathung nothwendig machen, auf die Ehescheidung, allenfalls mit Vorbehalt der Alimente für den verunglückten Ehegatten, wenn desselben eigenes Vermögen dazu nicht hinreicht, erkannt werden können.

§. 17.

Auf den Grund einer bloßen gegenseitigen Einwilligung, in so fern solche nicht durch andre erhebliche Ursachen unterstützt wird, soll keine Ehe getrennt werden; es wäre denn, daß dergleichen Personen, mehrere Jahre hindurch, in einer ganz kinderlosen Ehe gelebt hätten; und der Richter zuverläßig versichert seyn könnte, daß die Scheidung von beyden Seiten, nicht aus bloßem Leichtsinn und Uebereilung, oder durch heimlichen Zwang, sondern aus vollkommen freyem Willen, und nach reifer Ueberlegung gesucht werde.

§. 18.

Wenn nun jemand auf die Ehescheidung zu klagen sich bewogen findet, so muß er sich zuerst bey der ordentlichen Obrigkeit, welcher er für seine Person unterworfen ist, melden, und derselben sein Vorhaben eröffnen.

Ist diese Obrigkeit ein Landes-Justiz-Collegium, so muß die erste Anmeldung bey dem Chef desselben geschehen; welcher zur weitern Verhandlung einen Commissarium ernennen, und dazu, so viel als möglich, eine solche Person, in oder auch außer dem Collegio, in der Nachbarschaft, oder unter den gemeinschaftlichen Freunden beyder Eheleute, aussuchen muß, von deren Vermittelung sich, wegen ihrer bekannten Gabe, Versöhnungen zu stiften, oder wegen des von den Partheyen in sie gesetzten Vertrauens, oder wegen andrer speciellen Verhältnisse, ein guter Erfolg am wahrscheinlichsten hoffen läßt.

§. 19.

Der Richter oder Commissarius muß die klagende Parthey über die Gründe der gesuchten Scheidung vorläufig befragen, und wenn er solche gleich beym ersten Anblick unerheblich findet, dieselbe zur vernünftigen und friedlichen Fortsetzung der Ehe nachdrücklich anmahnen.

§. 20.

Besteht aber der klagende Theil auf seinem Vorsatz, so muß der Richter, mit Zuziehung des gewöhnlichen Seelsorgers, oder eines andern Predigers, auch nach Befinden, der Eltern oder nächsten Freunde, die Sühne unter beyden Eheleuten alles Ernstes versuchen, sie wieder auszusöhnen, und das gute Vernehmen unter ihnen herzustellen bemüht sein.

§. 21.

Dabey muß er, doch ohne sich auf eine förmliche Prozeß-Instruktion einzulassen, den wahren Grund der entstandenen Mißhelligkeiten zu erforschen suchen; und solchen durch zweckmäßige Remonstrationen und Vermahnungen, allenfalls aber auch durch Anwendung des Obrigkeitlichen Amtes, nach den Vorschriften §. 4. 13. &. 14, aus dem Wege zu räumen sich angelegen seyn lassen.

§. 22.

Wenn er bey dieser Gelegenheit wahrnimmt, daß Leute da sind, welche durch Verhetzung, Zwischenträgereyen, oder andre unerlaubte Kunstgriffe, die Gemüther der Eheleute gegen einander aufbringen; so muß er nicht nur den fernern Einwürkungen solcher Eheftöhrer nachdrückliche Schranken setzen; sondern auch dieselben

Digitized by Google

der competenten Instanz, zur fernern fiscalischen Untersuchung und empfindlichen Ahndung, mit proportionirlichen Geld- oder Leibesstrafen, gehörig anzeigen.

§. 23.

Ist der Versuch der Sühne fruchtlos, so muß alsdann dem klagenden Theile frey gelassen werden, seine Klage, bey dem in Ehescheidungs-Sachen competenten Gerichte, förmlich anzubringen. Es muß aber in diesem Fall, der Richter oder Commissarius, welcher die Sühne versucht hat, diesem Ehegericht, von dem was bey ihm bis dahin verhandelt worden, Anzeige machen; und diese Anzeige dem klagenden Theile zur Ueberbringung einhändigen.

§. 24.

Zu gleicher Zeit muß er auch von Amts wegen dafür sorgen, oder wenn er zu dem Sühns-Versuche bloß Commissarius gewesen, gehörigen Orts dahin antragen, daß den etwa vorhandnen Kindern ein Curator bestellt werde; der nicht nur in dem Prozeß, die Rechte und das Interesse derselben wahrnehmen; sondern auch, während der Zeit, auf ihren Unterhalt und Erziehung Acht haben; und der etwa besorglichen Durchbringung oder Verdunkelung des Vermögens der Eltern, vorzubeugen bedacht seyn muß.

§. 25.

Wenn nun der auf die Scheidung provocirende Theil, sich bey dem competenten Ehegericht meldet; so muß dieses, nach dem zugleich übergebnen Berichte des vorigen Richters oder Commissarii, das Verfahren desselben, bey dem Versuch der Sühne, sorgfältig prüfen; und wenn dabey nicht die gehörige Mühe angewendet, oder etwas so zur Hebung der entstandenen Zwietracht dienen, und die Fortsetzung der Ehe befördern können, verabsäumt worden, die Nachholung desselben für allen Dingen verfügen.

§. 26.

Findet sich aus sothanem Berichte, und aus der Anmeldung der Klage, daß es an einer rechtmäßigen Ursach zur Scheidung offenbahr ermangle; so muß der anmaßliche Kläger, gleich jedem andern, der sich ohne allen rechtlichen Grund zum Klagen angiebt, durch ein Dekret ab- und zur vernünftigen Fortsetzung der Ehe, nachdrücklich angewiesen werden.

§. 27.

Ist hingegen ein scheinbarer Grund zur Scheidung vorhanden, so ist zur weitern Instruktion der Sache das erforderliche, nach den Vorschriften der Prozeß-Ordnung, zu verfügen.

§. 28.

Bei dieser Instruktion muß zwar, so wie in jedem andern Prozesse, die Sühne nochmals ernstlich versucht werden; doch ist die anderweitige Zuziehung eines Geistlichen, in der Regel nicht erforderlich.

§. 29.

Der den Kindern bestellte Curator aber muß dabey allemal zugezogen werden, damit er den Richter in seinen Bemühungen zum Vergleich unterstützen; bey Untersuchung der Ursachen des Ehescheidungs-Gesuchs, die Rechte und das Interesse der Kinder wahrnehmen; und wenn die Trennung würklich erkannt werden sollte

Digitized by Google

wegen deren Unterhalt und Erziehung, auch richtiger Ausmittelung des ihnen etwa zukommenden Vermögens, die nöthigen Maaßregeln in Vorschlag bringen könne.

§. 30.

Nach geschlossener Instruktion, muß bey Abfassung des Urtels, genau und reiflich erwogen werden: ob auch eine rechtmäßige Scheidungs-Ursach vorhanden, und ob solche in Facto gehörig ausgemittelt sey. Ist die angegebne Ursach der Ehescheidung nicht hinlänglich nachgewiesen, so soll in der Regel, und wenn nicht ganz besondre Umstände vorwalten, eher auf den Reinigungs- als auf den Erfüllungs-Eyd, gesprochen werden.

§. 31.

Hat sich bey der Untersuchung gefunden, daß beyde Eheleute einander durch ihr Betragen zu gegründeten Beschwerden Anlaß gegeben; so soll die Compensation, zwar nicht in Ansehung der etwa mit eintretenden öffentlichen Genugthuung, wohl aber unter ihnen selbst, und in Rücksicht der einseitig nachgesuchten Scheidung, stattfinden.

§. 32.

Hievon ist der einzige Fall auszunehmen, wenn die beklagte Frau sich des Ehebruchs schuldig oder äußerst verdächtig gemacht hat, und Kinder vorhanden sind, die aus solchem Ehebruch hätten erzeugt werden können; maaßen alsdann, auf Anbringen des Mannes, die Scheidung erkannt werden soll, wenn gleich derselbe sich ähnlicher Vergehungen schuldig gemacht hätte. Doch soll übrigens die gegenwärtige Bestimmung, den während der Ehe erzeugten Kindern, an der rechtlichen Vermuthung ihrer legitimen Geburt, in alle Wege unschädlich seyn.

§. 33.

Wenn rechtmäßige und hinlänglich ausgemittelte Gründe der Scheidung vorhanden sind, so soll auf den Einwand einer durch Vollziehung des Beyschlafs erfolgten still schweigenden Remißion nicht geachtet werden.

§. 34.

Wenn die Scheidung nicht aus den §. 2. 3. 6 und 12 angeführten, sondern aus andern minder wichtigen, besonders den §. 4. 5. 13. 14. 15. vorkommenden Ursachen gesucht wird; und der Richter bey der Instruktion gefunden hat, daß noch nicht alle Hoffnung zur Aussöhnung verloren sey; der Curator auch, wegen des mit eintretenden Interesse der Kinder darauf anträgt; so soll das Erkenntniß, nach bewandten Umständen, auf eine gewisse Zeit, jedoch niemals über ein Jahr, vom Tage der sec. §. 9. nachgegebne Separation, oder wenn dergleichen bisher nicht vorgewaltet, vom Instructions-Termin angerechnet, ausgesetzt, und den Eheleuten gestattet werden, daß sie diese Zeit hindurch von einander getrennt leben mögen.

§. 35.

Es muß jedoch alsdann durch eine vorläufige Resolution bestimmt werden: wie es inzwischen mit dem der separirten Ehegattin zu reichenden Unterhalt, mit Verpflegung und Erziehung der Kinder, allenfalls auch mit einstweiliger Conservation des Vermögens, gehalten werden solle.

§. 36.

Nach Ablauf der bestimmten Frist steht beyden Theilen frey, die Publikation des Erkenntnisses zu suchen.

Digitized by Google

§. 37.

Sobald dies geschieht, muß das Gericht einen nochmaligen Versuch der Sühne veranlassen, und wenn auch dieser fruchtlos wäre, das Erkenntniß ohne weitern Aufenthalt publiciren.

§. 38.

Wenn jedoch der klagende Theil bey dieser Sühnshandlung neue Scheidungs-Ursachen, die in der Zwischenzeit entweder entstanden, oder erst zu seiner Wissenschaft gelangt sind, anführt; und das Gericht findet die Sache, durch die vorige Instruction, zur Trennung der Ehe noch nicht hinlänglich qualificirt; so muß, um die Vervielfältigung der Prozesse zu vermeiden, der angegebene neue Grund förderſamst noch untersucht, und darüber zugleich mit erkannt werden.

§. 39.

Wenn nach Ablauf der Frist keiner von beyden Theilen sich meldet, so muß die ordentliche Obrigkeit von Amts wegen darauf sehen, daß die nur einstweilen zugelassene Separation nicht willkührlich verlängert, und dadurch zu öffentlichem Aergerniß Anlaß gegeben werde.

§. 40.

Wenn auf Trennung der Ehe durch Urtel und Recht erkannt wird, so bewürkt solches eine gänzliche Aufhebung des Ehebandes, in Ansehung beyder Theile; und es muß dem Gewissen eines jeden von ihnen überlassen werden: ob und in welchem Maaße er, nach den Lehrsätzen seiner Religion, von dieser gänzlichen Trennung, durch Vollziehung einer andern Heyrath, Gebrauch machen könne und dürfe.

§. 41.

Sobald die Scheidung nicht etwa bloß in dem Fall des §. 17. auf den Grund gegenseitiger Bewilligung, sondern aus einer in dem moralischen Verhalten des beklagten Theiles beruhenden Ursach gesucht wird, so muß die Instruktion des Prozesses, und also auch das Erkenntniß, mit darauf gerichtet werden: welchem von beyden Ehegatten das Uebergewicht der Schuld, an der nothwendig gewordenen Scheidung, zur Last falle; weil davon die wichtigsten Folgen, bei der Auseinandersetzung des Vermögens, den Strafen der Ehescheidung, und der Erziehung und Versorgung der Kinder abhangen.

§. 77.

Die anderweitige Verheyrathung soll beyden Theilen, und zwar dem Manne sofort nach rechtskräftig erfolgter Scheidung, der Frau aber erst nach Ablauf von 9 Monathen verstattet seyn; es wäre denn, daß die Frau wegen böslicher Verlassung geklagt hätte, und geschieden würde, in welchem Fall deren anderweitige Verheyrathung, sogleich nach erfolgtem und in die Rechtskraft übergegangnen Urtel zugelassen werden kann.

§. 78.

Nur allein mit derjenigen Person, mit welcher ein Ehegatte Ehebruch oder unerlaubten Umgang getrieben, und dadurch die Scheidung verursacht hat, soll die anderweitige Verheyrathung niemals, und unter keinem Vorwand, verstattet werden.

Damit also ein solcher geschiedner Ehegatte nicht Gelegenheit finde, diese gesetzliche Disposition zu vereiteln, und zu einer solchen verbothnen Ehe die priester-

Digitized by Google

liche Einsegnung, zu erschleichen, so soll in dem Urtel, wenn die Scheidung aus dieser Ursach erkannt wird, allemal ausdrücklich verordnet werden: daß der schuldige Theil zur zweyten Ehe, nicht ohne Dispensation zugelassen werden solle.

Wir befehlen demnach hiedurch allen Ober- und Unter-Gerichten in Unsern sämmtlichen Landen, auch sonst jedermänniglich sich nach dieser neuen die Ehescheidungen betreffenden Verordnung, in allen vorkommenden Fällen, gebührend zu achten; dergestalt und also, daß die Vorschriften, welche die Zu- oder Unzulässigkeit einer gesuchten Scheidung, und die Rechte und Obliegenheiten der geschiednen Eltern, wegen der Erziehung und Verpflegung der Kinder betreffen, schon von nun an, bey allen zum richterlichen Erkenntniß gelangten Sachen dieser Art beobachtet; diejenigen aber, welche sich auf die Auseinandersetzung des Vermögens, auf die Abfindung des unschuldigen Theils, und auf den den Kindern anzuweisenden Vermögens-Aufsatz beziehen, nur auf Fälle, wo die Ursachen der Ehescheidung erst nach Publikation des gegenwärtigen Verdikts entstanden sind, angewendet werden sollen.

Urkundlich unter Unsrer höchst eignen Unterschrift und Innsiegel.

Gegeben Berlin, den 17. November 1782.

(L. S.) Friedrich.

v. Carmer.

Digitized by Google

XIX.

Gutachten des Herrn Professor Dr. Brie zu Breslau

über die Frage:

Ist es gerechtfertigt, an Stelle der Ehescheidungsstrafen in der Weise, wie der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs dies beabsichtigt, nur eine Verpflichtung des für den schuldigen Theil erklärten Ehegatten zur Gewährung des Unterhalts an den andern, der Unterstützung bedürftigen Ehegatten einzuführen?

Die bisher in Deutschland geltenden Rechte haben ganz überwiegend an die Ehescheidung erhebliche vermögensrechtliche Nachtheile — wirkliche, resp. sogenannte Ehescheidungsstrafen — zu Ungunsten des für schuldig erklärten, zu Gunsten des unschuldigen Ehegatten geknüpft. Dagegen der vorliegende Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich will diese Nachtheile im Wesentlichen beseitigen und dem unschuldigen Ehegatten (abgesehen von der praktisch wenig bedeutenden Bestimmung des § 1453) nur einen auf Nothfälle beschränkten Unterhaltsanspruch gegenüber dem schuldigen gewähren.

I. Das bisher geltende Recht.

Zur Beantwortung der Frage, ob, beziehungsweise inwieweit die Bestimmungen des Entwurfs Billigung verdienen, ist zunächst eine kurze Darlegung des geltenden Rechts erforderlich. Diese Uebersicht hat die verschiedenen großen Privatrechtsgebiete, welche gegenwärtig noch in Deutschland bestehen, zu unterscheiden. Auszugehen aber ist von den Normen des römisch-Justinianischen Rechts, welche die allerdings mehr-

Digitized by Google

fach modificirte Grundlage der Bestimmungen nicht nur des gemeinen deutschen Rechts, sondern auch des preußischen Landrechts und des französischen Rechts bilden.

1. Nach römischem Rechte wurde die Ehescheidung durch einen privaten Act der Ehegatten bewirkt, und zwar nicht nur durch gegenseitige Einwilligung (divortium), sondern auch durch einseitige Erklärung (repudium). Schon in der Zeit der Republik aber trafen rechtliche Nachtheile den Ehegatten, welcher ohne rechtmäßigen Grund von dem andern sich schied, oder welcher dem andern einen rechtmäßigen Grund zu der von demselben erklärten Scheidung gegeben hatte. Nach classischem römischen Recht mußte die schuldige Frau sich von der dos Abzüge propter mores und propter liberos gefallen lassen, der schuldige Mann die Dotalgegenstände früher als sonst erforderlich. bezw. mit den Früchten der letzten Jahre restituiren.

Ulpiani fragmenta, VI §§ 9 sqq.;
K. Wächter, Ueber Ehescheidungen bei den Römern, S. 165 ff.

Ganz besonders aber waren die christlichen Kaiser bemüht, den leichtfertigen Ehescheidungen, sowie den eine Ehescheidung rechtfertigenden Verfehlungen durch Androhung von Vermögensnachtheilen entgegenzuwirken. Im Wesentlichen maßgebend geblieben ist ein Gesetz Theodosius' II. und Valentinians III. aus dem Jahre 449,

l. 8 C. De repudiis et iudicio de moribus sublato 5, 17.

Darnach soll die schuldige Frau ihre Dos an den Mann verlieren, der schuldige Mann an die Frau die donatio ante nuptias; jedoch sollen, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden, diese das Eigenthum, der unschuldige Ehegatte aber nur den Nießbrauch und die Verwaltung des Verwirkten erhalten. Für den Fall, daß eine dos oder eine donatio ante nuptias nicht bestellt wäre, bestimmte Justinian

l. 11 C. eod. tit.

den Verlust eines Viertels des Vermögens des schuldigen Theils bis zu einem Maximum von 100 Pfund Goldes. Für besonders schwere Verschuldungen setzte derselbe

Nov. 117, cap. 8 und 9

eine Erhöhung der Strafe um ein Drittheil fest.

Die erwähnten Vermögensnachtheile, mit welchen das Justinianische Recht den schuldigen Ehegatten bedroht, haben wesentlich den Charakter von Privatstrafen.

Digitized by Google

Ortloff in seinen, Heimbach's und Vermehren's Juristischen Abhandlungen, Bd. II, S. 5—8.

Dies ergiebt sich insbesondere aus der oben hervorgehobenen Tendenz der kaiserlichen Gesetzgebung, aus dem geschichtlichen Zusammenhang mit dem iudicium de moribus, aus der Erhöhung der Nachtheile wegen besonders schwerer Verschuldung. Unzutreffend ist es daher, wenn das Reichsgericht

Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. VIII, S. 188 (etwas abgeschwächt ebendas. Bd. XI, S. 203)

und ebenso die Motive zum Entwurf des bürgerlichen G.B.'s Bd. IV, S. 613,

in Uebereinstimmung mit einer früher unter den deutschen Juristen verbreiteten Ansicht, den Zweck der den schuldigen Gatten nach Justinianischem Recht treffenden vermögensrechtlichen Nachtheile nur darin erblicken, dem unschuldigen Gatten eine billige Entschädigung für die ihm durch die Ehescheidung entgangenen Vortheile zu gewähren. Diesem Gesichtspunkt kommt im Justinianischen Recht höchstens eine secundäre Bedeutung zu.[1])

2. Während im Allgemeinen die Reception der Privatstrafen des römischen Rechts in Deutschland bestritten ist, und jedenfalls manche derselben hier keine praktische Anwendung erlangt haben, wird doch jetzt[2]) allseitig den Ehescheidungsstrafen des Justinianischen Rechts gemeinrechtliche Geltung zuerkannt. Daß sie recipirt worden, kann allerdings aus mehreren Gründen als befremdlich erscheinen. Durch das kanonische Recht war die Scheidung des Ehebandes ausgeschlossen worden, und bei der Wiederzulassung derselben im protestantischen Eherecht ist doch die private Ehescheidung des römischen Rechts nicht wieder in Kraft getreten, und sind auch die Scheidungsgründe auf anderer Basis normirt worden. Ferner hat das römische Dotalrecht, auf welches die römischen Ehescheidungsstrafen sich in erster Linie bezogen, nur eine räumlich stark beschränkte Geltung neben den einheimischen Gestaltungen

---

[1]) Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts, § 510 Anm. 1, macht in dieser Richtung den Zusammenhang mit der alten retentio propter liberos geltend. Darauf, daß der unschuldig geschiedenen, undotirten Ehefrau durch das ihr zufallende Viertel des Vermögens des schuldigen Ehemannes Schutz gegen Noth gewährt werde, hat Justinian selbst in Nov. 53 cap. VI hingewiesen.

[2]) Ueber frühere abweichende Ansichten s. Glück, Pandekten, Bd. XXVII, S. 47.

Digitized by Google

des ehelichen Güterrechts erlangt. Durch die Einwirkung anderer überwiegender Momente aber wird trotzdem die gemeinrechtliche Aufnahme der römischen Ehescheidungsstrafen hinreichend erklärt. Vor Allem war von Bedeutung, daß das kanonische Recht

cap. 4 X. De donationibus inter virum et uxorem 4, 20

die Anwendbarkeit der römischen Scheidungsstrafen auf den Fall durch Richterspruch erfolgter beständiger Trennung von Tisch und Bett anerkannt und zugleich dieselben germanischen Güterrechtsverhältnissen der Ehegatten angepaßt hatte.

Vgl. in letzterer Beziehung auch cap. 10 X. De consuetudine 1, 4, und über beide angeführte Stellen Ortloff l. c., S. 8—20.

Dazu kam, daß das vor der Reception des römischen Rechts in Deutschland geltende einheimische Recht selbst vermögensrechtliche Nachtheile für den schuldigen Ehegatten an die separatio perpetua knüpfte.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. IV, S. 291 bis 292 (bes. Anm. 9).

Endlich bot die Bestimmung Justinians, wonach in Ermangelung einer dos oder einer donatio propter nuptias der schuldige Ehegatte ein Viertel seines Vermögens an den unschuldigen verlieren sollte, nicht nur dann eine Aushülfe, wenn unter der Herrschaft des römischen Dotalrechts für die betreffende Ehe keine dos, beziehungsweise, wie gewöhnlich in Deutschland, keine donatio propter nuptias bestellt war,

Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 26 Nr. 1,

sondern dieselbe konnte auch auf alle deutsch-rechtlichen Gestaltungen des ehelichen Güterrechts, nach vorgängiger Vermögensauseinandersetzung zur Anwendung gebracht werden.

Ortloff l. c., S. 41 ff., bes. S. 48—49;
v. Roth, System des deutschen Privatrechts, § 149 Anm. 2 (Bd. II, S. 253);
Stobbe l. c., Bd. IV, S. 297.

Im Einzelnen freilich zeigt die gemeinrechtliche Praxis mannigfache Schwankungen und Verschiedenheiten, und durch dieselbe, sowie durch particularrechtliche Bestimmungen innerhalb des Geltungsgebietes des gemeinen Rechts, erfuhren die römischen Ehescheidungsstrafen in ihrem Inhalt und theilweise auch in ihrem rechtlichen Charakter erhebliche Modificationen. Insbesondere haben zahlreiche Particularrechte, entsprechend einer schon in mittelalterlichen deutschen Rechtsquellen hervortretenden und namentlich in der sächsischen Praxis seit Carpzov herr-

Digitized by Google

schenden Anschauung, dem unschuldigen Ehegatten alle diejenigen Vermögensvortheile zugesprochen, welche er haben würde, wenn die Ehe (zur Zeit der Scheidung) durch den Tod des schuldigen Ehegatten aufgelöst worden wäre; damit wurde der Privatstrafe eine Entschädigung für das entgangene Erbrecht substituirt.[3])

Ortloff l. c., S. 52 ff., bes. S. 58—60 (welcher jedoch nur eine Veränderung des Gegenstandes der Strafe annimmt);
v. Roth l. c., § 149, Anm, 1, 15, 26, 30—32;
Stobbe l. c., Bd. IV, S. 298.

Ferner aber hat der Gesichtspunkt, daß Niemand der ihm zustehenden Vortheile durch eines Anderen Schuld ohne entsprechende Entschädigung beraubt werden dürfe, in Verbindung mit sonstigen Erwägungen der Billigkeit, auch noch eine wichtige Ergänzung der römischen Privatstrafen durch die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis herbeigeführt. Das römische Recht statuirte neben den Scheidungsstrafen keinen Alimentationsanspruch der unschuldig geschiedenen Frau gegenüber dem schuldigen Mann. Dies war eine natürliche Folge davon, daß auch während der Ehe der Frau ein Rechtsanspruch auf Unterhalt gegenüber dem Manne nicht kraft des ehelichen Verhältnisses, sondern nur auf Grund der Bestellung einer dos zustand.

l. 22 § 8 D. Soluto matrimonio 24, 3.
Vgl. Bruns in v. Holtzendorff's Encyklop. d. Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 501 („der Mann kann nicht einmal eine dos von der Frau fordern, braucht dafür aber, wenn sie keine dos gegeben, sie auch nicht einmal zu alimentiren, er kann sie verhungern lassen, nur begraben muß er sie dann"); Dernburg, Pandekten, Bd. III, § 6 Anm. 10, § 19 Nr. 1, § 26 Anm. 8. — Anders freilich Windscheid l. c., § 491 Anm. 2, dem das Reichsgericht (Entscheid. in Civilsachen, Bd. VIII, S. 186) gefolgt ist; s. jedoch auch denselben § 493 Anm. 3.

Das gemeine deutsche Recht aber verpflichtet den Ehemann während des Bestehens der Ehe unbedingt zur Alimentation der Frau, und aus den oben bezeichneten Gründen[4]) hat die Theorie des gemeinen Rechts

[3]) Für diese Gestaltung war von großer Bedeutung, daß das einheimische deutsche Recht seit dem späteren Mittelalter meist dem überlebenden Ehegatten viel umfangreichere bezw. unmittelbarere Rechte am Nachlaß des verstorbenen Ehegatten einräumte, als ihm nach römischem Rechte zukamen.

[4]) Dagegen eine Bezugnahme auf die für einen verwandten singulären Fall gegebene Bestimmung des c. 18 C. XXXII qu. 7 findet sich bis auf die neueste Zeit nicht (Seuffert's Archiv, Bd. XXIX, S. 379).

Digitized by Google

und ebenso eine weit verbreitete Praxis der Gerichte eine Fortdauer dieser Verpflichtung für den Fall angenommen, daß die Ehe wegen Schuld des Mannes geschieden ist, und das Vermögen der Frau für ihren Unterhalt nicht ausreicht.

Vgl. die Citate in den Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. VIII, S. 186—187, sowie Stobbe l. c., Bd. IV, S. 294, und ganz besonders Dernburg l. c., Bd. III, § 26 Anm. 8.

Ein gemeines Gewohnheitsrecht dieses Inhalts ist jedoch nicht zur Ausbildung gelangt; vielmehr hat sich eine keineswegs unbeträchtliche Zahl principiell entgegengesetzter Stimmen in Theorie und Praxis geltend gemacht.

Citate in den Entscheid. des R.G.'s in Civilsachen, Bd. VIII, S. 187 g. E.

Neuerdings hat auch das Reichsgericht

l. c., S. 188

mit großer Entschiedenheit die Annahme zurückgewiesen, daß aus allgemeinen Grundsätzen eine solche Verpflichtung abzuleiten sei.

3. Die sehr ausführlichen Bestimmungen des Preußischen Landrechts über die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung

Th. II Tit 2 §§ 743—834.

haben der Normirung des hier allein in Frage stehenden Falles, daß der eine Ehegatte in dem Scheidungsurtheil für den schuldigen Theil erklärt worden ist, den in der Doctrin und Praxis des achtzehnten Jahrhunderts verbreiteten Gesichtspunkt einer Entschädigung des unschuldigen Gatten für die ihm entgehenden Erbfolgerechte zu Grunde gelegt; die Fiction, daß der schuldige Theil zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurtheils gestorben sei, hat sogar ausdrückliche Anerkennung im L.R. erhalten.

Pr. L.R. II, 1, §§ 783 und 784.

Bei der großen Ausdehnung der von ihm als Scheidungsgründe statuirten Vergehungen hat jedoch das Preuß. Landrecht den gemeinrechtlichen Verlust eines Vermögensviertels bloß für grobe Vergehungen beibehalten, während leichte Vergehungen nur den Verlust eines Sechstels bewirken.

II, 1, §§ 785 und 786.

In dem Fall, daß die Ehegatten vertragsmäßige Festsetzungen über die Erbfolge getroffen haben, kann der unschuldige Gatte, statt der gesetzlichen Abfindung, die ihm vertragsmäßig zugedachten Vortheile wählen, jedoch nur bis zur Hälfte des Vermögens des Schuldigen; wenn aber

Digitized by Google

Kinder aus der Ehe vorhanden sind, so muß der unschuldige Gatte sich mit dem Geringeren begnügen, sei dies nun die gesetzliche Abfindung oder das ihm vertragsmäßig Gebührende.

II, 1, §§ 792—797.

Falls unter den Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft bestanden hat, kann der unschuldige Gatte nach seiner Wahl entweder Vermögensabsonderung und die außer dem Fall der Gütergemeinschaft ihm gebührende Abfindung, oder die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens mit dem dem überlebenden Ehegatten zukommenden Voraus an Kleidern, Betten und Wäsche, aber ohne weitere Abfindung verlangen.

II, 1, §§ 811 ff.

Allgemein kann die unschuldige Frau statt der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Abfindung eine lebenslängliche standesgemäße Verpflegung, (welche sie selbst in eine neue Ehe hinübernimmt), von dem schuldigen Manne fordern, soweit die Einkünfte ihres eingebrachten und zurückgenommenen Vermögens für ihren Unterhalt nicht ausreichen, und zwar sind auch die Erben des schuldigen Mannes zur Fortzahlung der Verpflegungsgelder — soweit dieselben nicht die Hälfte von dem Ertrage des Nachlasses übersteigen — verpflichtet.

II, 1 §§ 798—808.

Dagegen ist dem unschuldigen Mann das Recht, Verpflegung von Seiten der schuldigen Frau statt der Abfindung zu verlangen, nur dann gegeben, wenn er in Folge von Alter oder Krankheit oder sonstigen Unglücksfällen außer Stande ist, selbst seinen Unterhalt zu erwerben.

II, 1, §§ 809 und 810.

Im Fall, daß der schuldige Gatte dem unschuldigen weder Abfindung noch Verpflegungsgelder gewähren kann, soll er für seine die Scheidung begründenden Vergehungen mit einer Freiheitsstrafe belegt werden.

II, 1, § 823.

Hierin und in der oben erwähnten Steigerung der Abfindung bei schwereren Vergehen tritt, neben dem überwiegenden Gesichtspunkt einer Schadloshaltung, der Gesichtspunkt einer Bestrafung des schuldigen Gatten hervor.[5])

4. Von einem ähnlichen principiellen Standpunkt, wie das Preußische Landrecht, geht das französische Recht aus

vgl. v. Roth l. c., § 149 Anm. 1;

---

[5]) Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. I, § 125 Anm. 3, schreibt sogar der Abfindung schlechthin den Charakter einer Privatstrafe zu.

Digitized by Google

doch hat es demselben eine viel eingeschränktere Tragweite gegeben. Während der schuldige Gatte von Rechtswegen alle die Vortheile verliert, welche der unschuldige Gatte ihm im Heirathsvertrage oder während der Ehe zugewandt hat, behält der unschuldige Gatte die ihm von dem schuldigen zugewandten Vortheile, selbst wenn deren Gegenseitigkeit bedungen war.

Code civil Art. 299, 300, 1518.

Jedoch verbleiben ihm diese Vortheile nur *dergestalt, wie sie ihm ausgesetzt waren*; mithin erhält er die ihm für den Fall seines Ueberlebens ausgesetzten nur bei Eintritt dieser Voraussetzung.

Code civil Art. 1452 und 1518; vgl. dazu K. S. Zachariae, Handbuch des französ. Civilrechts, § 486.

Dagegen das den Ehegatten gegenseitig zustehende gesetzliche Erbfolgerecht geht auch dem unschuldigen durch die Scheidung verloren.

Code civil Art. 767; vgl. K. S. Zachariae l. c., § 485.

Im Uebrigen erfolgt die Vermögenssonderung nach denselben Normen wie im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten.

Code civil Art. 1441 ff.;
jedoch hat das *badische* Recht
badisches Gesetz v. 6. März 1845, § 20

für den Fall der Ehescheidung dem unschuldigen Gatten aus dem Gemeinschaftsvermögen dasjenige zum Voraus zugeschieden, was er bei Eingehung der Ehe oder während derselben mehr als der andere Theil in die Gemeinschaft eingebracht hat.

Wenn dem unschuldigen Gatten keine Vortheile von dem schuldigen ausgesetzt waren, oder wenn die ausgesetzten zu seinem Unterhalt nicht genügen, so kann das Gericht ihm im Fall des Bedürfnisses eine *Unterhaltungsrente* auf das Vermögen des schuldigen Ehegatten anweisen, welche aber ein Drittheil der Einkünfte des letzteren nicht übersteigen darf.

Code civil Art. 301.

5. Fast völlig *beseitigt* sind die vermögensrechtlichen Nachtheile, welche bisher in Folge der Ehescheidung den schuldigen Gatten trafen, im *Königreich Sachsen*. Während neuere Gesetze mehrerer kleinerer sächsisch-thüringischer Staaten sich in der Ordnung der betreffenden Verhältnisse theils an das gemeine Recht, theils an das Preußische Land-

Digitized by Google

recht angeschlossen haben,[6]) bestimmte das Königl. Sächsische Mandat v. 31. Januar 1829, §§ 92—94, daß bei Scheidung der Ehe keinem Theil ein Erbrecht an dem Vermögen des anderen vorbehalten oder so, als sei dieser andere bereits verstorben, zuerkannt, und daß namentlich auch der schuldigen Frau ihr Eingebrachtes vom Ehemann zurückgegeben werden solle. In Uebereinstimmung hiermit hat das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch, § 1750, ganz allgemein dem unschuldigen Ehegatten einen Schädenanspruch gegenüber dem schuldigen wegen der etwaigen Vortheile, welche er bei Fortdauer der Ehe gehabt hätte, versagt. Zu den Vortheilen, welche durch die Scheidung für beide Ehegatten erlöschen, gehören auch die durch Ehe- oder Erbvertrag zugewendeten.

Sächs. Bürgerl. G.B. §§ 1706, 1746, 2557.

Nur ein Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt ist dem unschuldigen Gatten für den Fall des Bedürfnisses, und sofern er sich nicht anderweit verehelicht, gewährt.

§ 1750 cit.

6. Die Gesetzgebung des neuen Deutschen Reiches hat bisher die im Vorstehenden erörterten gemeinrechtlichen und particularrechtlichen Normen, welche an die verschuldete Ehescheidung vermögensrechtliche Nachtheile für den schuldigen Ehegatten knüpfen, unberührt gelassen. Insbesondere hat, wie fast allgemein anerkannt wird, das Reichs-Straf-Gesetzbuch, auch sofern der Ehescheidungsgrund zugleich den Thatbestand einer durch dasselbe mit Strafe bedrohten Handlung bildet, in der fraglichen Beziehung nicht eingegriffen, nicht einmal, wenn die betreffende Vergehung eine Erhöhung der regelmäßigen Nachtheile für den schuldigen Gatten mit sich führt.[7]) Diese richtige Ansicht wird jedoch nicht ausreichend begründet durch das meist für dieselbe geltend gemachte Ar-

---

[6]) Wesentlich aus dem gemeinen Recht resp. der gemeinrechtlichen Praxis sind geschöpft die Bestimmungen der Sachsen-Altenburgischen Eheordnung v. 13. Mai 1837, §§ 273—280; dagegen auf dem Preuß. Landr. beruhen die Normen des Sachsen-Gothaischen Ehegesetzes v. 15. Aug. 1834, §§ 162—169, und des Schwarzburg-Sondershausischen Ehescheidungsgesetzes v. 30. August 1845, §§ 30—33. Vergl. Ortloff l. c., S. 63—65.

[7]) In der ersten Auflage seines Buches „Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze" (S. 183 bei Anm. 19) hatte Mandry behauptet, die im Falle des Ehebruchs eintretende Verschärfung der Ehescheidungsstrafen sei durch das R.Str.G.B., Art. 172, beseitigt. In den späteren Auflagen hat er diese Annahme aufgegeben. Der früheren Ansicht Mandry's folgt v. Roth l. c., § 149 Anm. 7 a. E.

Digitized by Google

gument, daß die sog. Ehescheidungsstrafen in Wahrheit keine oder doch nicht reine Strafen seien.

Vgl. insbes. Windscheid, Lehrb., § 510 Anm. 1. a. E.; Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 3. Aufl., S. 229—230; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, § 70 Anm. 17;
Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. XI. S. 203.

Entscheidend ist vielmehr der Gesichtspunkt, daß das R.Str.G.B. sich überhaupt nur auf öffentliche Strafen bezieht und die Privatstrafen gar nicht in den Kreis seiner Normirung gezogen hat.

Im Wesentlichen richtig Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 33—40, welchem sich angeschlossen hat Dernburg, Preuß. Privatr., Bd. I, § 125 Anm. 2.

Mithin ist das R.Str.G.B. für die in Frage stehenden Nachtheile, auch sofern denselben principiell der Charakter einer Privatstrafe zukommt, einflußlos geblieben.

II. Die Bestimmungen des Entwurfes.

Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich hat sich in der vorliegenden Frage eng an den Standpunkt des Sächsischen Bürgerl. Gesetzbuches angeschlossen.[8]) Grundsätzlich statuirt er für den Fall der verschuldeten Ehescheidung keine vermögensrechtlichen Nachtheile zu Ungunsten des schuldigen, zu Gunsten des unschuldigen Ehegatten. Die bisherigen „Ehescheidungsstrafen", auch soweit sie in Wahrheit den Charakter einer Entschädigung resp. Abfindung des unschuldigen Theiles haben, sollen beseitigt werden. Nur zwei wenig eingreifende Modificationen dieses Grundsatzes haben Aufnahme gefunden.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. G.B.'s f. d. Deutsche Reich, Bd. IV, S. 610—612, 615—616.

---

[8]) Die Motive zu § 1454 behaupten (Bd. IV, S. 615), der Entw. habe sich, „soviel die Frage betrifft, ob dem unschuldigen Theile gegenüber dem schuldigen Theile ein Anspruch auf Entschädigung oder auf Abfindung wegen der dem ersteren durch die Scheidung entgehenden Vortheile eingeräumt werden soll", dem (negativen) Standpunkt des französischen Rechts und des Sächs. Bürg. G.B.'s angeschlossen. Aber dies ist hinsichtlich des französischen R.'s nur dann zutreffend, wenn man die lediglich dem unschuldigen Gatten gewährte Fortdauer gewisser Vortheile (Art. 299 und 300 des Code civil) nicht unter die Kategorie der Entschädigung bringt.

Digitized by Google

1. Um die Tragweite des eben erwähnten negativen Princips des Entwurfes gehörig zu verstehen, ist es erforderlich, sich zu vergegenwärtigen, welche vermögensrechtlichen Folgen der Entwurf im Allgemeinen an die Ehescheidung knüpft. Durch die mit der Rechtskraft des Scheidungsurtheils eintretende Auflösung der Ehe

Entw. § 1452

sollen die einmal durch die Ehe begründeten Wirkungen nicht wegfallen, wohl aber für die Zukunft die Wirkungen der Ehe aufhören.

Motive zu § 1452 (Entw. Bd. IV, S. 610—612).

Für die Vermögensauseinandersetzung unter den Ehegatten soll daher der oben angegebene Zeitpunkt maßgebend sein, und zwar soll dieselbe erfolgen nach den allgemeinen, für die Aufhebung des betreffenden Güterstandes aufgestellten Vorschriften. Dieser Gesichtspunkt soll, auch wenn Gütergemeinschaft unter den Ehegatten bestanden hat, durchaus zur Anwendung gelangen; im Fall der Ehescheidung soll, wie in den anderen Fällen der Aufhebung der Gütergemeinschaft, das gemeinschaftliche Vermögen, ohne Rücksicht auf dessen Ursprung, nach gleichen Quoten unter die Ehegatten getheilt werden.

Entw. §§ 1371—1381, 1429 Abs. 1, 1431 Abs. 1;
Motive zu § 1452 (Bd. IV, S. 611—612).

Vorausgesetzt ist, daß auch die principale Pflicht des Ehemannes, die subsidiäre der Ehefrau, dem anderen Ehegatten den standesgemäßen Lebensunterhalt zu gewähren,

Entw. §§ 1280 und 1281,

an sich mit der Ehescheidung erlischt.

Motive zu § 1454 (Bd. IV, S. 617).

Ebenso ist als selbstverständlich betrachtet, daß das gegenseitige gesetzliche Erbrecht der Ehegatten mit der (rechtskräftig erfolgten) Scheidung hinwegfällt, weil dieselben durch die Scheidung aufhören, Ehegatten zu sein.

Motive zu § 1452 (Bd. IV, S. 610) und zu § 1971 (Bd. V, S. 370—371).

Die Schenkungen unter Lebenden,[9]) welche ein Ehegatte dem anderen

---

[9]) Diesen sind durch § 1963 des Entwurfs völlig gleichgestellt die durch Veräußerung bereits bei Lebzeiten vollzogenen Schenkungen auf den Todesfall.

Digitized by Google

vor oder in der Ehe[10]) gemacht hat, sollen im Allgemeinen durch die Ehescheidung nicht berührt werden.

Arg. § 1453 des Entwurfs.

Dagegen die Zuwendungen von Todeswegen, welche ein Ehegatte dem anderen durch letztwillige Verfügung oder durch Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrag gemacht hat, sollen, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst ist, zwar nicht von selbst hinfällig werden, aber auf Grund der Scheidung anfechtbar sein, die vertragsmäßigen auch von Seiten des Erblassers selbst.

Entw. §§ 1783 Abs. 1; 1948 und 1949; 1962 Abs. 1.

2. Von diesen allgemeinen Normen, welche der Entwurf hinsichtlich der vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung aufstellt, resp. voraussetzt, statuirt er zwei einzelne Abweichungen zu Gunsten des unschuldigen Ehegatten.

a. Im Anschluß an das Preußische Landrecht Th. II, Tit. 1, §§ 773—775

giebt der Entwurf, § 1453, dem unschuldigen Ehegatten die Befugniß, diejenigen Schenkungen (unter Lebenden[11]) zu widerrufen, welche er während des Brautstandes oder des Ehestandes dem andern Ehegatten gemacht hat. Wenngleich die Motive

Bd. IV, S. 612

bestreiten, daß hier in Wirklichkeit (wie das Preußische Landrecht l. c. annimmt) ein Fall des Undankes vorliege, so lehnen sich doch die näheren Bestimmungen über dieses Widerrufsrecht

§ 1453 Satz 2 und 3

an die in den §§ 450—452 des Entwurfs für den Widerruf einer Schenkung wegen Undankes gegebenen Bestimmungen an.

b. Als Nachwirkung der Ehe gewährt der Entwurf, § 1454, dem unschuldigen Ehegatten einen subsidiären Unterhaltsanspruch gegenüber dem schuldigen Ehegatten. Diesem Anspruch ist nicht, wie insbesondere im Preußischen Landrecht, der Charakter einer Entschädigung gegeben, sondern derselbe ist, „im Interesse der Einfachheit des Gesetz-

---

[10]) Schenkungen unter Ehegatten sollen nach dem Entwurf unbeschränkt zulässig sein.

[11]) sowie diejenigen Schenkungen auf den Todesfall, welche überhaupt nach § 1963 mit den Schenkungen unter Lebenden gleich zu behandeln sind (s. oben Anm. 9).

Digitized by Google

buches", möglichst im Anschlusse an die Bestimmungen über die gesetzliche Unterhaltungspflicht der Verwandten

Entw. §§ 1480—1496

gestaltet.

Motive Bd. IV, S. 617 ff.

Diese Uebereinstimmung tritt insbesondere in folgenden Beziehungen hervor[12]):

α. Der Unterhaltsanspruch des unschuldigen Ehegatten ist, wie im Code civil und im Sächsischen Bürgerl. G.B., von dessen Bedürftigkeit abhängig gemacht. Diese soll aber nur dann und so lange angenommen werden, wenn und als der unschuldige Ehegatte erwerbsunfähig ist und kein Vermögen, beziehungsweise kein für seinen Unterhalt verwerthbares Vermögen hat.

§ 1454 Satz 1 und Analogie des § 1481 Abs. 2.

β. Der fragliche Unterhaltsanspruch soll bedingt sein auch durch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, und zwar in der Art, daß er nur dann und so weit bestehen soll, wenn und als der Verpflichtete im Stande ist, denselben ohne Beeinträchtigung seines eigenen standesgemäßen Unterhalts und „bei Berücksichtigung seiner anderweiten Verpflichtungen" zu gewähren.

Analogie des § 1482 Abs. 1.

In letzterer Beziehung ist speciell bestimmt

§ 1483 Abs. 3,

daß der Unterhaltsanspruch des geschiedenen unschuldigen Ehegatten dem Unterhaltsanspruch sowohl der minderjährigen unverheiratheten Kinder des schuldigen Ehegatten (auch aus einer späteren Ehe desselben) als des späteren Ehegatten des letzteren nachstehen soll.[13])

---

[12]) Der Entwurf, in der ihm eigenthümlichen Art der Verweisungen, bestimmt — nachdem er die Voraussetzung der Bedürftigkeit in wesentlichem Einklang mit § 1481 Abs. 1 normirt hat —, daß „die Vorschriften des § 1481 Abs. 2, des § 1482 Abs. 1, des § 1484 Satz 1, der §§ 1487, 1488, des § 1490 Abs. 1, des § 1491 Abs. 1, 3 und der §§ 1492 bis 1494, 1496" entsprechende Anwendung finden.

[13]) Dagegen trifft § 1454 Abs. 2 Fürsorge, daß durch die in der neuen Ehe eintretenden Güterverhältnisse der Unterhaltsanspruch des geschiedenen unschuldigen Ehegatten nicht beeinträchtigt werde. (Ueber die sonderbare Fiction, welche dieser Bestimmung zu Grunde gelegt ist, vgl. Gierke in Schmoller's Jahrbuch Bd. XIII S. 814 Anm. 1.)

Digitized by Google

γ. Der dem unschuldigen Ehegatten zu gewährende Unterhalt soll ein standesgemäßer sein, der gesammten Lebensstellung desselben entsprechen

Analogie des § 1488 Abs. 2,

und soll durch Entrichtung einer Geldrente geleistet werden.

Analogie des § 1491 Abs. 1.

δ. Wegen einer wesentlichen Aenderung der Verhältnisse kann eine Erhöhung oder eine Verminderung der Rente von dem Berechtigten, beziehungsweise von dem Verpflichteten gefordert werden.

Anal. des § 1493.

Damit steht im Einklang, daß die Unterhaltspflicht auch dann eintreten soll, wenn der geschiedene unschuldige Ehegatte erst nach der Ehescheidung bedürftig wird.

Arg. § 1454 Satz 1 (vgl. Motive Bd. IV, S. 618).

ε. Im Concurse über das Vermögen des Verpflichteten soll der Anspruch (abgesehen von Nachzahlungen für die Vergangenheit) nicht geltend gemacht werden können.

Anal. des § 1494.

ζ. Abweichend insbesondere von dem Preußischen Landrecht läßt der Entwurf

Anal. des § 1496

die Unterhaltsverpflichtung für die Zukunft nicht auf die Erben des schuldigen Ehegatten übergehen.

In anderen Beziehungen allerdings haben die Verfasser des Entwurfs es doch für nöthig gehalten, den Unterhaltsanspruch des geschiedenen unschuldigen Ehegatten abweichend von dem auf Verwandtschaft beruhenden gesetzlichen Unterhaltsanspruch zu regeln. So soll es dem Verpflichteten auch nicht ausnahmsweise gestattet werden, den Unterhalt in anderer Weise als durch eine Geldrente zu leisten

Motive Bd. IV, S. 618,

und vor Allem soll, entgegen den Bestimmungen des § 1495, Verzicht auf den Unterhaltsanspruch sowie wirksame Vorausleistung unbeschränkt zulässig sein.

Motive Bd. IV, S. 619.

Als besonderen Erlöschungsgrund des in Frage stehenden Unterhaltsanspruchs bestimmt der Entwurf, im Einklang insbes. mit dem Sächs. Bürg. G.B., aber im Widerspruch mit dem Preuß. L.R., die Schließung einer neuen Ehe von Seiten des berechtigten Ehegatten.

Entw. § 1454 Abs. 1 a. E. (vgl. Motive Bd. IV, S. 619—620).

Digitized by Google

III. Kritik der Bestimmungen des Entwurfes.

Eine kritische Betrachtung der Stellung, welche der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu der uns hier beschäftigenden Frage einnimmt, wird, vor Allem auf Grund der einschlägigen Erörterungen in den gedruckten Motiven, anerkennen müssen, daß die Commission dem schwierigen und wichtigen Gegenstande eingehende Aufmerksamkeit gewidmet hat. Aber wie in zahlreichen anderen Materien sind auch in dieser die Forderungen der Gerechtigkeit und sachlichen Zweckmäßigkeit gegenüber der formell logischen Consequenz und äußerlichen Gleichmäßigkeit nicht genügend zur Geltung gelangt.[14])

Dieses Gutachten muß absehen von einer Prüfung, ob der Entwurf die Wirkungen, welche der Ehescheidung im Allgemeinen — ohne Rücksicht auf die alleinige Verschuldung von Seiten eines Ehegatten — zukommen sollen, richtig bestimmt hat. Vielmehr werden die oben (II, 1) analysirten Festsetzungen, beziehungsweise stillschweigenden Voraussetzungen des Entwurfs in Betreff der an sich eintretenden vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung als gegebene Grundlage betrachtet für die Beantwortung der Frage, ob, resp. welche Abweichungen von denselben erforderlich sind, wenn und weil der eine Ehegatte in dem Scheidungsurtheil für den allein schuldigen erklärt ist.

In der Erörterung dieser Frage aber sind zu unterscheiden solche vermögensrechtliche Nachtheile für den schuldigen Ehegatten, welche sich als *Privatstrafen* zu Gunsten des unschuldigen Ehegatten charakterisiren, und solche, welche für den unschuldigen Gatten nur *Aufrechthaltung*, beziehungsweise *Ausgleichung* von Vortheilen, die ihm ohne die Scheidung zukommen würden, bezwecken.

1. Der Begriff der *Privatstrafe* ist in der Wissenschaft noch wenig geklärt. Jedenfalls ist richtiger Ansicht nach für denselben wesentlich, daß derjenige, welchem das subjective Recht auf den dem Schuldigen angedrohten Nachtheil zusteht, (also regelmäßig der Verletzte), dadurch in eine günstigere Lage versetzt werden soll, als ihm ohne die von der anderen Seite begangene rechtswidrige Handlung zukommen würde.[15]) Der

---

[14]) Eine scharfe Kritik der in Frage stehenden Bestimmungen des Entwurfs hat *Hinschius* im Archiv f. die civilist. Praxis Bd. 74 S. 92—94 gegeben. Derselben hat sich im Wesentlichen angeschlossen *Gierke* in Schmoller's Jahrb. Bd. XIII S. 813—815 (Separatabdruck S. 91—93).

[15]) Gegen v. *Savigny*, welcher die bloß auf Ersatz gehenden Klagen aus einem Delict, weil dieselben möglicherweise eine Vermögensverringerung für den

Digitized by Google

Statuirung eines solchen Gewinns zu Gunsten des Verletzten widerstrebt, und im Allgemeinen mit Recht, die gegenwärtig herrschende Anschauung.[16]) Ganz besonders aber muß es aus sittlichen Gründen als bedenklich erscheinen, die durch die Schuld eines Ehegatten begründete Ehescheidung zu einer Quelle von Vermögensvortheilen für den anderen Gatten, welcher die Scheidung verlangt hat, zu machen.[17]) Dem entsprechend sind in der modernen Rechtsentwickelung die römischen Ehescheidungsstrafen ganz überwiegend unter den Gesichtspunkt der Schadloshaltung des unschuldigen Gatten gestellt resp. diesem Gesichtspunkt angepaßt worden (s. insbes. oben I, 2—4). Die Motive des Entwurfs des Bürgerl. G.B.'s haben — während sie ausführlich erörtern, ob es räthlich sei, über den § 172 des R.Str.G.B.'s hinaus die schuldvolle Veranlassung zur Ehescheidung mit öffentlicher Strafe zu belegen,[18]) — die Frage, ob dem unschuldigen Ehegatten ein Anspruch auf (Privat-) Strafe gegenüber dem schuldigen Ehegatten einzuräumen sei, nicht einmal aufgeworfen.

Dennoch statuirt der Entwurf für den schuldigen Ehegatten einen Nachtheil, welcher m. E. als Privatstrafe aufzufassen und trotz dieses Charakters zu billigen ist. Unter einer Voraussetzung erscheinen Privatstrafen auch bei fortgeschrittener Rechtsgestaltung, insbesondere bei genügender Ausbildung und gesicherter Geltendmachung einerseits der öffentlichen Strafbefugnisse, andererseits der Schadensersatzansprüche unzweifelhaft als gerechtfertigt. Wenn der Berechtigte sich der Fortdauer seines Rechtes unwürdig erwiesen hat, so ist ihm das betreffende Recht zu entziehen, und zwar wird dann vielfach dieses Recht oder die Befreiung von der entsprechenden Verpflichtung, beziehungsweise Beschränkung dem durch das unwürdige Verhalten Verletzten zu gewähren sein. Unter diesen Gesichtspunkt fällt u. A. die Revocirbarkeit von Schen-

---

Schuldigen bewirken, als „einseitige Strafklage" bezeichnet, vgl. die treffende Ausführung v. Waechter's Pandekten § 89 Beil. II.

[16]) Auch die beiden hervorragenden Juristen, welche neuerdings eine umfassende Einführung von Privatstrafen befürwortet haben (Waechter, Die Buße S. 10—12; v. Ihering, Der Kampf um's Recht, 5. Aufl. S. 72 ff., und Vermischte Schriften S. 239—240) sind dazu hauptsächlich durch das Streben bestimmt worden, gegenüber den Mängeln der bisherigen Schadensersatzordnung und ihrer Handhabung dem Verletzten volle Entschädigung zu sichern.

[17]) Selbst eine pecuniäre Entschädigung — Genugthuung — für die erlittene Kränkung wird hier nicht am Platze sein, (anders das österr. allg. bürgerliche G.B. § 1266, vgl. mit § 1323).

[18]) Die Motive Bd. IV S. 616—617 verneinen, wohl mit Recht, diese Frage.

Digitized by Google

kungen wegen Undanks [19]) und demgemäß auch die durch den Entwurf, § 1453, im Falle der Ehescheidung dem unschuldigen Ehegatten gegebene Befugniß, die dem schuldigen Ehegatten gemachten Schenkungen (unter Lebenden) zu widerrufen, mag man nun dieses Recht mit den Motiven des Entwurfs

Bd. IV, S. 642 (vgl. oben II, 2a)

für ein dem Recht der Widerrufung wegen Undanks analoges oder, wie wohl theoretisch richtiger ist, für eine specielle Anwendung desselben erachten.

Nahe liegt die Frage, ob nicht diese Bestimmung im Anschluß an das französische Recht

Code civil Art. 299 und 1518 (vgl. oben I, 4)

auszudehnen wäre auf die dem schuldigen Ehegatten von Seiten des unschuldigen durch vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen gemachten Zuwendungen; indem aber der Entwurf jedem der geschiedenen Ehegatten schon auf Grund der Ehescheidung ein Anfechtungsrecht in Bezug auf solche Zuwendungen gewährt

oben II, 1 S. 246 (vgl. auch unten 2, c.)

wird jene Frage gegenstandslos.

2. Der Entwurf versagt dem unschuldig geschiedenen Ehegatten nicht nur (abgesehen von der Bestimmung des § 1453) einen Anspruch auf Strafe, sondern auch jeden Anspruch auf Entschädigung, resp. Abfindung, für die ihm durch die Scheidung entgehenden Vortheile.

Motive Bd. IV, S. 615 (Zeile 11 v. u. muß es aber, statt „dem letzteren", „dem ersteren" heißen).

Diese Versagung stützen die Motive in erster Linie auf das Argument, daß ein solcher Anspruch aus allgemeinen Grundsätzen sich nicht herleiten lasse. Hierfür dient als einziger Beleg eine Verweisung auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. VIII, Nr. 48, S. 188.[20]) An der angeführten Stelle hat das Reichsgericht geltend

---

[19]) Allerdings ist diese Construction nicht die einzig mögliche. v. Savigny, Obligationenrecht Bd. II § 84 Note kk, neigt sich dahin, die Widerrufbarkeit der Schenkungen wegen Undanks auf einen bei jeder Schenkung anzunehmenden stillschweigenden Vorbehalt des Schenkers zurückzuführen (anders früher derselbe, System Bd. IV S. 231).

[20]) Hinschius (l. c. S. 93) erklärt die Berufung der Motive auf das Reichsgericht für verfehlt; denn dieses führe nur aus, daß, wenn das römische Recht der unschuldigen Frau gewisse Vermögensäquivalente als Ersatz für die Scheidung gewähre, es dieselben gewissermaßen als eine Pauschalabfindung betrachte, und daß

Digitized by Google

gemacht, daß die Scheidung unmittelbar nicht durch den Ehegatten herbeigeführt werde, welcher dem Anderen gerechten Grund zur Erhebung der Scheidungsklage gegeben habe, sondern nur durch den Ehegatten, welcher die Scheidung beantragt habe, „aber nicht zu beantragen brauchte".

Aehnlich schon früher Ortloff l. c., S. 78—79.

Für eine nicht rein äußerliche Betrachtungsweise erscheint aber doch derjenige Ehegatte, welcher durch sein schuldvolles Verhalten dem anderen eine rechtmäßige Ursache zur Herbeiführung der Scheidung gab, als der auch die Ehescheidung selbst verursachende Theil[21]); und auch der Entwurf hat sich in seiner Terminologie dieser in der Natur der Sache begründeten Anschauung nicht entziehen können.

Entw. §§ 1449, 1453, 1454, 1456.

Zuzugeben ist allerdings, daß, wenn wegen Contractsverletzung dem Verletzten die Befugniß zur Auflösung des Vertrages eingeräumt ist, ihm regelmäßig nicht daneben ein Anspruch auf Schadloshaltung für die durch die Vertragsauflösung ihm entgehenden Vortheile zustehen wird; aber die für obligatorische Vertragsverhältnisse geltenden Grundsätze können an sich nicht als für die ehelichen Verhältnisse maßgebend gelten.

Die Verfasser der Motive haben selbst die Nothwendigkeit empfunden, den negativen Standpunkt des Entwurfes durch weitere Erwägungen zu rechtfertigen. Auch diese Gründe sind freilich nur theilweise haltbar, resp. erheblich, und gerade der gewichtigste derselben ist nur flüchtig angedeutet.

Wenn die Motive hervorheben, es widerstreite dem Wesen der Ehe, dieselbe als eine Quelle vermögensrechtlicher Vortheile zu behandeln, so wird dem gegenüber der Hinweis genügen, daß alle positiven Rechte vermögensrechtliche Vortheile für die Ehegatten an die Ehe knüpfen, und daß auch der Entwurf hiervon keine Ausnahme macht.[22]) Daß die Aus-

---

man deshalb nicht den Ehemann noch zu einer anderweiten Entschädigung für verpflichtet erachten könne. In der That aber stellt das R.G. a. a. O. auch in Abrede, daß aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Entschädigungspflicht des schuldigen Ehegatten abzuleiten sei.

[21]) „Der Causalzusammenhang kann nicht bestritten werden", sagt Dernburg in seiner bemerkenswerthen Kritik der erwähnten Reichsgerichtsentscheidung (Pandekten, Bd. III § 26 Anm. 8).

[22]) Hinschius (l. c. S. 93, dem Gierke l. c. S. 814 folgt) meint, es handle sich hier gar nicht um Vortheile, sondern um Ersatz von Schaden. Letzteres ist richtig; aber der Schade besteht in der Entziehung von Vortheilen, welche aus der Ehe fließen.

Digitized by Google

ſicht auf die Entſchädigung für den unſchuldigen Theil ein Anreiz ſein kann, aus niedrigen Beweggründen die Scheidung zu beantragen, und daß die betreffenden vermögensrechtlichen Nachtheile unter Umſtänden auch gegen den ſchuldigen Gatten in große Härten ausarten können, iſt richtig; aber daraus dürften ſich im Weſentlichen nur Gründe für vorſichtige Bemeſſung einer zu gewährenden Entſchädigung ergeben. Größere Bedeutung dagegen kommt dem von den Motiven.

Bd. IV, S. 616

nur beiläufig berührten Argumente zu, daß die Feſtſetzung einer Entſchädigung für die entgehenden vermögensrechtlichen Vortheile der Ehe immer mehr oder weniger willkürlich ſein wird. Insbeſondere handelt es ſich bei dem Verluſt der Erbfolgerechte um nur mögliche — namentlich von dem Ueberleben des einen oder des anderen Ehegatten abhängige — Rechte, und iſt zudem der künftige Betrag der Erbſchaft völlig ungewiß.

Ortloff l. c., S. 79.

Die in das Preußiſche Landrecht aufgenommene Fiction aber, daß der ſchuldige Ehegatte zur Zeit der Scheidung verſtorben ſei, und die darauf geſtützte Verfrühung der Erbfolge

oben I, 3 S. 240

erſcheint als durchaus willkürlich und enthält an ſich eine übermäßige Begünſtigung des unſchuldigen Ehegatten.[23]) Auch ſteht, neben der Ungewißheit dieſer dem unſchuldigen Ehegatten durch die Eheſcheidung entgehenden Vortheile, die durch die verſchiedenartige rechtliche Geſtaltung der ehelichen Güterverhältniſſe bedingte, große Verſchiedenheit der während der Ehe dem unſchuldigen Gatten zukommenden Vortheile der Beſtimmung eines feſten Entſchädigungsmaßſtabes entgegen. Endlich und vor Allem kommt in Betracht, daß die vermögensrechtlichen Nachtheile, welche der unſchuldige Ehegatte durch die Eheſcheidung erleidet, von ſelbſt — allerdings in ſehr verſchiedenem Maße — eine Ausgleichung erhalten durch das Hinwegfallen der vermögensrechtlichen Vortheile, welche bisher dem anderen (ſchuldigen) Ehegatten aus der Ehe zufloſſen; es iſt ſogar leicht möglich, daß die Scheidung ſchon an ſich für den unſchuldigen Ehegatten in ökonomiſcher Beziehung größeren Gewinn als Verluſt bewirkt.

---

[23]) Ueber die Frage, ob dem unſchuldig geſchiedenen Ehegatten die ihm gegenüber dem ſchuldigen zuſtehenden Erbfolgerechte auf den künftigen Todesfall vorzubehalten ſind, ſ. unten c.

Digitized by Google

Wenn aber auch diese Erwägungen m. E. zu dem Resultat führen, daß es nicht angemessen ist, dem unschuldigen Ehegatten eine Abfindung in Gestalt der Ueberweisung eines gesetzlich bestimmten Complexes aus dem Vermögen oder einer Quote des Vermögens des schuldigen Ehegatten zu gewähren, so erscheint es doch als geboten, in zwei Beziehungen die ökonomischen Interessen des unschuldigen Ehegatten gegenüber dem schuldigen wider Beeinträchtigung durch die Ehescheidung zu wahren. In der einen Richtung hat der Entwurf gar keine Fürsorge, in der anderen eine sehr unzureichende getroffen.

a) Durchaus ungerecht wäre es, in Folge der Ehescheidung eine Auseinandersetzung des Vermögens der Ehegatten in der Art eintreten zu lassen, daß der schuldige Ehegatte einen Theil des von dem unschuldigen Ehegatten in die Ehe gebrachten, resp. während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung erworbenen Vermögens lucrirte, der letztere um ebenso viel verkürzt würde. Diese Gefahr liegt aber in hohem Maße vor, wenn, wie der Entwurf beabsichtigt

vgl. oben II, 1, S. 245

auch in den Fällen der allgemeinen Gütergemeinschaft sowie der Mobiliargemeinschaft die Auseinandersetzung nach dem Princip der Halbtheilung stattfinden soll. Die Billigkeit fordert dringend, daß, wenn im Allgemeinen und insbesondere auch bei Auflösung der Ehe durch Scheidung diese Art der Auseinandersetzung gelten soll, doch zu Gunsten des unschuldigen Ehegatten, welcher mehr als der schuldige in die Gemeinschaft eingebracht hat, eine Modification dieser Bestimmung stattfinde.[24]) Zu diesem Behufe könnte entweder, im Anschluß an die Normen des Preußischen Landrechts

II, 1, §§ 811 ff. (vgl. oben I, 3)

dem unschuldigen Gatten die Befugniß gegeben werden, statt der Halbtheilung Absonderung nach den ursprünglichen Bestandtheilen zu verlangen. oder es könnte, wie nach dem badischen Gesetz von 1845,

oben I, 4 a. E.,

---

[24]) Die der Quotentheilung im Fall der Ehescheidung entgegenstehenden Bedenken, insbes. die mögliche Ungerechtigkeit gegenüber dem unschuldigen Ehegatten, hat neuerdings Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechts Bd. IV S. 296 scharf hervorgehoben. Auch die Motive des Entwurfs (Bd. IV S. 612) erkennen an, „daß aus der Quotentheilung für den unschuldigen Theil unter Umständen Härten entstehen können"; aber der Entwurf hat diesem Gesichtspunkte keine Rechnung getragen. — Gegen den Standpunkt des Entwurfes sehr energisch Gierke l. c. S. 793.

Digitized by Google

dem unschuldigen Ehegatten das von ihm in die Gemeinschaft gebrachte Mehr als Voraus zugewiesen werden.[25])

b) Gewichtige Rücksichten vor Allem der materiellen Gerechtigkeit fordern, daß dem unschuldigen Ehegatten der Unterhaltsanspruch, welcher ihm während der Ehe gegenüber dem anderen Ehegatten zustand, auch nach der Scheidung im Wesentlichen unverändert verbleibe. Dieses Postulat ist insbesondere im Interesse der unschuldigen Ehefrau von tiefgreifender Bedeutung.

α) Die heutzutage in Deutschland geltenden Privatrechtssysteme gewähren sämmtlich der Ehefrau gegenüber dem Ehemann einen von ihrer Bedürftigkeit unabhängigen Anspruch auf standesgemäßen Lebensunterhalt. Auch der Entwurf des Bürg. G.B.'s hat sich dem angeschlossen, und die Motive zu § 1280

Bd. IV, S. 123

betonen, daß diese Unterhaltungspflicht des Ehemanns gegenüber der Ehefrau aus dem Princip, daß der Ehemann die ehelichen Lasten zu tragen habe, sowie aus dem Wesen der Ehe sich ergebe. Nach der bei uns herrschenden Anschauung und nach der bestehenden Gestaltung unserer socialen Verhältnisse findet die Frau in der Ehe und durch die Ehe ihre naturgemäße Lebensversorgung. Allerdings leistet die Frau, wenn sie Vermögen hat, meist einen — nach der verschiedenen Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse sehr verschiedenen — Beitrag zu der Bestreitung der ehelichen Lasten, und der Entwurf

§ 1339 (vgl. Motive Bd. IV, S. 322 ff.)

will, in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte

Code civil Art. 1537

einen solchen Beitrag auch für den Fall der Gütertrennung obligatorisch machen; ferner hat während der Ehe die Ehefrau dem Ehemann durch Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens, eventuell auch durch häusliche Arbeiten, bezw. durch Verrichtungen in dem geschäftlichen Berufe des Mannes Hülfe zu leisten

Entw. § 1275 (vgl. Motive Bd. IV, S. 107);

endlich steht dem Ehemanne nach gemeinrechtlicher Praxis und nach mehreren neueren Gesetzgebungen, denen sich der Entwurf

§ 1281 (vgl. Motive Bd. IV, S. 126—127)

---

[25]) Die praktischen Schwierigkeiten, welche die Motive a. a. O. gegen die Ausmittelung der ursprünglichen Bestandtheile des Gesammtgutes, resp. ihres Werthes geltend machen, sind jedenfalls nicht unüberwindlich.

Digitized by Google

angeschlossen hat, in Nothfällen ein Unterhaltsanspruch gegenüber der Ehefrau zu.

Ungeachtet dieser correspondirenden Pflichten der Ehefrau würde es aber überaus hart sein, ihr durch die von dem Ehemann verschuldete Ehescheidung, also durch ein rechtswidriges und unsittliches Verhalten des anderen Theiles, die bisherige Lebensversorgung entziehen zu lassen. Es handelt sich hier um ein actuelles[26]) und von der verschiedenen, gesetzlichen oder vertragsmäßigen Ordnung des ehelichen Güterstandes unabhängiges Recht. Die unmittelbare Erfüllung der betreffenden Verpflichtung ist auch nach der Ehescheidung für den bisherigen Ehemann möglich — freilich nicht mehr im gemeinschaftlichen Haushalt; aber auch während der bestehenden Ehe kann die Frau, wenn sie von dem Manne getrennt leben muß resp. darf, Alimente außer dem Hause fordern.

Entw. § 1460 und Motive zu § 1280 (Bd. IV, S. 124 Nr. 2); vgl. Dernburg, Lehrb. des Preuß. Privatrechts, Bd. III, § 23 Nr. 2.

Daß andererseits die persönlichen Dienstleistungen der Frau hinwegfallen, ist eine unvermeidliche Folge der vom Manne verschuldeten Ehescheidung, und nicht einmal eine Beschränkung der Unterhaltspflicht des Ehemanns wird durch Rücksicht auf diese ihm so entstehende Einbuße sich rechtfertigen. Dagegen dem Hinwegfall der der Ehefrau gegenüber dem Ehemann obliegenden Beitrags- und subsidiären Unterhaltspflicht mag immerhin in der Weise Rechnung getragen werden, daß der schuldige Ehemann der unschuldigen Frau nur dann und so weit den (standesgemäßen) Unterhalt zu gewähren hat, als die Einkünfte ihres eigenen Vermögens nicht zu diesem Behufe ausreichen. Eine solche Beschränkung empfiehlt sich auch aus dem praktischen Gesichtspunkte, die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den geschiedenen Ehegatten, soweit es gerechter und billiger Weise zulässig ist, zu lösen. — Dem unschuldigen Ehemann sind von der Ehefrau, welche die Ehescheidung verschuldet hat, Alimente ebenfalls nach Maßgabe der früheren Verpflichtung zu gewähren, also nur wenn er vermögenslos und erwerbsunfähig ist. In zutreffender Weise hat schon das Preußische Landrecht

II, 1, §§ 798 ff. und 809 (vgl. oben I, 3)

---

[26]) Der Entwurf geht allerdings von der Annahme aus, daß das gesetzliche Recht auf Unterhalt nicht als ein einheitliches, dauerndes zu betrachten sei, sondern in jedem Augenblicke beim Zutreffen der erforderlichen Voraussetzungen neu entstehe (Motive Bd. IV, S. 677). Ich halte diese Auffassung für theoretisch unrichtig und die daraus gezogenen Consequenzen theilweise für praktisch sehr bedenklich.

Digitized by Google

diese naturgemäße Verschiedenheit der Voraussetzungen für die Unterhaltsansprüche der unschuldig geschiedenen Ehefrau und des unschuldig geschiedenen Ehemannes ausgeprägt.[27])

β) Sind die vorstehenden Ausführungen richtig, so ergiebt sich schon von selbst, daß die in dem Entwurf aufgestellte Ordnung des Unterhaltsanspruchs des unschuldigen Ehegatten

oben II, 2 b

in einem wesentlichen Punkte eine verfehlte ist. Die einschlägigen Normen des Entwurfs beruhen aber überhaupt auf keinem klaren Gedanken und enthalten in mehrfacher Beziehung eine unbillige und praktisch bedenkliche Verkürzung des Unterhaltsanspruchs, insbesondere der unschuldig geschiedenen Ehefrau. Würden diese Bestimmungen Gesetz, so würde in zahlreichen Fällen die Ehefrau von der Erhebung einer rechtlich begründeten Scheidungsklage Abstand nehmen müssen oder der Dürftigkeit preisgegeben sein.[28])

Daß, neben der Rücksicht auf das im größeren Theile Deutschlands geltende Recht, die Billigkeit gegen den unschuldigen Ehegatten und auch öffentliche Interessen[29]) die Anerkennung einer Unterhaltspflicht des schuldigen Gatten erheischen, haben sich die Verfasser des Entwurfs nicht verhehlt.

Motive Bd. IV, S. 617.

In den Motiven findet sich sogar ein gewisser Anklang an die hier vertretene Begründung des fraglichen Unterhaltsanspruchs, indem derselbe — zunächst im Hinblick auf die für den Entwurf vorbildlich gewordenen Bestimmungen des Code civil und des Sächsischen Bürgerl. G.B.'s — als eine auf Billigkeit beruhende Nachwirkung der Ehe charakterisirt wird. Aber der enge Zusammenhang mit der während der Ehe bestehenden gegenseitigen Alimentationsverbindlichkeit der Ehegatten,

---

[27]) Das Preuß. Landr. l. c. § 801 giebt sogar der Unterhaltsforderung der unschuldig geschiedenen Ehefrau insofern eine noch weitere Ausdehnung, als (abgesehen von dem unpraktischen Fall des der Frau zustehenden Nießbrauches an einem Erbschatze) nur die Einkünfte „des zurückgenommenen eigenthümlichen Vermögens der Ehefrau" auf die Verpflegungsgelder angerechnet werden sollen. Jedoch läßt insbesondere der im Text angegebene praktische Gesichtspunkt eine Berücksichtigung auch der Einkünfte aus dem von der Frau nicht in die (nunmehr geschiedene) Ehe eingebrachten Vermögen als räthlich erscheinen.

[28]) Uebereinstimmend Hinschius l. c. S. 93, 94, und Gierke l. c., S. 814, 815.

[29]) Verhütung von Ehescheidungen (durch den dem schuldigen Ehegatten drohenden Nachtheil), bezw. Verhinderung einer Steigerung der öffentlichen Armenlast.

Digitized by Google

das Princip der Fortdauer des betreffenden Anspruchs des unschuldigen Ehegatten, ist doch verkannt. Ausdrücklich bestreiten die Motive

Bd. IV, S. 619,

daß der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten einen familienrechtlichen Charakter habe und sich als Kehrseite einer sittlichen Pflicht des anderen Theiles darstelle. Nichtsdestoweniger hat der Entwurf die Gestaltung des Unterhaltsanspruchs im Einzelnen nach Analogie eines familienrechtlichen Instituts, der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Verwandten, bestimmt, ohne freilich diesen Anschluß consequent durchzuführen. Gerade diese Analogie aber hat vorzugsweise die bedenklichen Sätze des Entwurfs herbeigeführt oder wenigstens die Begründung für dieselben erbracht. Daß jedoch „die Einfachheit des Gesetzbuchs" kein genügender Grund sein kann, verschiedenartige Verhältnisse gleich zu behandeln, bedarf wohl keiner näheren Ausführung.

Zunächst und vor Allem hat die hervorgehobene Analogie dahin geführt, auch der unschuldigen Ehefrau nur in Nothfällen einen Unterhaltsanspruch gegen den schuldigen Ehemann zu gewähren. Sie soll nicht berechtigt sein, von dem letzteren Alimentation zu verlangen, wenn und solange sie erwerbsfähig ist oder irgendwelches für ihren Unterhalt verwendbares Vermögen hat.

Oben II, 2, b, α.

Es mag dahingestellt bleiben, ob durch solche Voraussetzungen das gesetzliche Recht auf Unterhalt nicht auch in anderen Fällen übermäßig beschränkt würde;[30]) jedenfalls enthalten dieselben für die unschuldige Ehefrau eine große Härte. Die unschuldige Ehefrau, welche nicht, beziehungsweise nicht ausreichend, aus den Revenüen ihres Vermögens ihren Lebensunterhalt bestreiten könnte, müßte entweder — solange sie überhaupt erwerbsfähig ist — irgend einen Erwerb suchen und finden oder ihr etwa vorhandenes geringes Capital verbrauchen. Die erstere Alternative ist schon an sich mindestens für die Frauen, welche vor der Scheidung einer höheren Lebenssphäre angehört haben, eine sehr drückende, und sie erhält für dieselben noch eine besondere Schärfung durch die erfahrungsmäßige und leicht erklärliche Thatsache, daß gerade einer geschiedenen Ehefrau dem weiblichen Geschlechte sonst offen stehende höhere Erwerbsthätigkeiten leicht sich verschließen. Allgemein wird ferner die unschuldig geschiedene Ehefrau durch die naturgemäß — und so auch

---

[30]) Eine Modification statuirt der Entwurf selbst § 1481 Abs. 3, zu Gunsten der minderjährigen unverheiratheten Kinder gegenüber ihren Eltern.

Digitized by Google

nach dem Entwurf, § 1456, regelmäßig — ihr zukommende Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder in der Ausübung einer Erwerbsthätigkeit sehr gehindert, oder es wird andererseits jene wichtige Fürsorge leicht beeinträchtigt werden. Die Vorschrift aber, daß die unschuldig geschiedene Ehefrau ihr Capital aufzehren soll, ehe sie von dem schuldigen Ehemann Alimente verlangen darf, setzt dieselbe gerade besonders im vorgeschrittenen Lebensalter der Noth aus und ist überhaupt mit volkswirthschaftlichen Erwägungen kaum vereinbar.[31])

Auch durch die näheren Bestimmungen über das Erforderniß der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten

oben II, 2, b, β,

wird der Unterhaltsanspruch des unschuldig geschiedenen Ehegatten in nicht zu billigender Weise verkümmert. Dieses Erforderniß sollte für die Alimentationspflicht des schuldigen Ehegatten nach der Scheidung nur in demselben Umfange anerkannt werden, wie für die während der Ehe bestehende Alimentationspflicht. Demgemäß dürfte insbesondere der Unterhaltsanspruch des schuldlosen Ehegatten nicht davon abhängen, daß derselbe ohne Beeinträchtigung des eigenen standesmäßigen Unterhalts des Verpflichteten geleistet werden kann.[32]) Noch weniger ist es gerechtfertigt, nicht nur den Unterhaltsanspruch der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder,[33]) sondern auch im Falle der Wiederverheirathung des schuldigen Ehegatten die Unterhaltsansprüche des neuen Ehegatten und der minderjährigen Kinder aus der neuen Ehe dem Unterhaltsanspruch des unschuldig geschiedenen Ehegatten vorgehen zu lassen. Nicht unbedenklich ist auch der Ausschluß der Geltendmachung des fraglichen Unterhaltsanspruchs im Concurse des schuldigen Ehegatten

oben II, 2, b, ε,

zumal da ja bei Bewilligung einer Unterstützung aus der Concursmasse für den Gemeinschuldner und dessen Familie

Concursordnung §§ 118 und 120

der geschiedene Ehegatte des Gemeinschuldners nicht zu berücksichtigen ist.

---

[31]) Die volkswirthschaftliche Bedenklichkeit einer solchen Voraussetzung der gesetzlichen Alimentationsansprüche erkennen übrigens die Motive des Entwurfs, Bd. IV, S. 681, selbst an.

[32]) Während der Ehe muß der Ehemann „was er hat, mit der Ehefrau theilen" (Motive Bd. IV, S. 123).

[33]) Während der Ehe soll nach dem Entw., § 1483 Abs. 2, der Unterhaltsanspruch des Ehegatten dem eines minderjährigen unverheiratheten Kindes gleich stehen.

Digitized by Google

Die übrigen Bestimmungen des Entwurfes über den Unterhaltsanspruch des unschuldig geschiedenen Ehegatten geben nicht zu erheblichen Bedenken Anlaß. Daß der Unterhalt ein standesmäßiger sein und immer in Gestalt einer Geldrente gewährt werden soll

oben II, 2, b, γ

erscheint als durchaus angemessen; ebenso verdient Billigung, daß die Unterhaltspflicht auch bei erst nachträglich eintretendem Bedürfniß beginnen, und daß für die Höhe der Rente eine wesentliche Aenderung der Verhältnisse von Bedeutung sein soll.

Oben II, 2, b, δ.

Die rechtliche Wirksamkeit eines Verzichts auf den Unterhaltsanspruch sowie einer Vorausleistung (ohne zeitliche Beschränkung)

oben II, 2, b gegen Ende

entspricht allerdings der hier vertretenen principiellen Auffassung des fraglichen Unterhaltsanspruches ebensowenig, wie der vom Entwurf zu Grunde gelegten Analogie. Jedoch läßt sich das Gewicht der für diese Bestimmungen sprechenden praktischen Gesichtspunkte nicht verkennen; und es wird sogar sehr zu erwägen sein, ob nicht, wie in dem durch §§ 723 und 724 des Entwurfes normirten Falle, das Gericht befugt sein soll, unter besonderen Umständen an Stelle der Zubilligung der Unterhaltungsrente eine Abfindung in Capital zu bestimmen.[34]) Eine solche Befugniß des Gerichtes wird als besonders wünschenswerth erscheinen, wenn der Alimentationsanspruch des unschuldigen Ehegatten (auch) passiv unvererblich sein soll.

Der Nichtübergang der Alimentationspflicht des schuldigen Ehegatten auf dessen Erben

oben II, 2, b, ζ

sowie das Erlöschen des Alimentationsanspruches des unschuldigen Ehegatten durch die Wiederverheirathung des letzteren

oben II, 2, b a. E.

erscheinen als naturgemäß, wenn man mit diesem Gutachten annimmt, daß der in Frage stehende Alimentationsanspruch kein wesentlich neuer, sondern als eine dem unschuldig geschiedenen Ehegatten durch das Gesetz gewährte Fortsetzung des früheren Anspruches gleichen Inhalts zu be-

[34]) Entsprechend dem § 724 Abs. 8 des Entwurfs. Auch die Frage dürfte Berücksichtigung verdienen, ob nicht, entsprechend dem § 724 Abs. 2, dem Gericht die Befugniß gegeben werden soll, Sicherheitsleistung für die Rente anzuordnen. (Der Code civil, Art. 301, hat sogar eine Sicherstellung der dem unschuldig geschiedenen Ehegatten zu gewährenden Rente allgemein vorgeschrieben.)

Digitized by Google

trachten ist. Wie der Anspruch bei Fortdauer der Ehe mit dem Tode des verpflichteten Ehegatten erloschen wäre, wird dies folgerichtig auch nach der Scheidung der Fall sein; als unnatürlich aber müßte auch die Hinübernahme eines mit der früheren Ehe in so engem Connex stehenden Rechtes in eine neue Ehe erscheinen. Für diese Erlöschungsgründe des Unterhaltsanspruches sprechen zudem gewichtige praktische Erwägungen. Die von den Motiven

Bd. IV, S. 619

betonte Schwierigkeit einer angemessenen Regelung des Unterhaltsanspruchs gegen die Erben des schuldigen Ehegatten wird namentlich dann sich geltend machen, wenn diesen andere Personen, als Kinder aus der geschiedenen Ehe (allein oder neben den letzteren) beerben; gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern aber besteht ja für den unschuldigen Ehegatten ein Unterhaltsanspruch schon kraft des Verwandtschaftsverhältnisses. Durch eine neue Ehe gewinnt insbesondere die unschuldig geschiedene Ehefrau eine neue Lebensversorgung, neben welcher die alte regelmäßig entbehrlich sein wird.

Vgl. die Motive a. a. O.

c) Zu erwägen ist noch, ob nicht dem unschuldig geschiedenen Ehegatten, zumal wenn sein Alimentationsanspruch auch passiv unvererblich sein soll, die Erbfolgerechte, welche ihm in Bezug auf den Nachlaß des schuldigen Ehegatten ohne die Scheidung zustehen würden, auf den Fall, daß er den letzteren überlebt, verbleiben sollen. In der That hat das französische Recht

s. oben I, 4

dies wenigstens für die vertragsmäßigen Successionsrechte bestimmt. Aber die Beerbung eines geschiedenen Ehegatten durch den andern muß, bei der Entfremdung und Verbitterung, welche regelmäßig unter denselben bestehen wird, als unnatürlich erscheinen, und insbesondere würde die Fortdauer der früher freiwillig zugewandten Successionsrechte nach der Ehescheidung regelmäßig nicht dem wahren Vertragswillen des Verpflichteten entsprechen. Dazu kommen die Schwierigkeiten, welche bei der Beerbung des schuldigen Ehegatten in dem Falle, daß derselbe später eine neue Ehe geschlossen hat, häufig sich ergeben würden. Der Entwurf hat daher wohl im Wesentlichen das Richtige getroffen, wenn er

s. oben II, 1

das gesetzliche Erbrecht auch des unschuldigen Ehegatten gegenüber dem schuldigen mit der Ehescheidung von selbst erlöschen läßt und die Fort-

Digitized by Google

dauer auch der dem ersteren von dem letzteren auf den Todesfall gemachten vertragsmäßigen Zuwendungen für anfechtbar erklärt.

Als Resultat der vorstehenden Erörterungen ergiebt sich:

Im Allgemeinen zwar erscheint die von dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigte Beseitigung der (wirklichen und sogenannten) Ehescheidungsstrafen als gerechtfertigt. Jedoch ist, außer der im § 1453 des Entwurfs vorgesehenen Widerruflichkeit der Schenkungen, welche der unschuldig erklärte Ehegatte dem im Scheidungsurtheil für schuldig erklärten gemacht hat,

1. eine Bestimmung erforderlich, welche in den Fällen der allgemeinen Gütergemeinschaft oder der Mobiliargemeinschaft eine Bereicherung des schuldigen Ehegatten auf Kosten des unschuldigen verhütet, und ist

2. dem unschuldigen Ehegatten gegen den schuldigen ein Unterhaltsanspruch zu gewähren nach wesentlicher Maßgabe desjenigen, welcher ihm während der Ehe gegenüber dem andern Theil zukam. Diesem Gesichtspunkt zufolge sind vor Allem die von dem Entwurf in Betreff der Bedürftigkeit des unschuldigen Ehegatten aufgestellten Voraussetzungen zu Gunsten der unschuldigen Ehefrau in eingreifender Weise zu modificiren.

Digitized by Google

XX.

Gutachten des Herrn Oberlandesgerichtsrath Dr. Jaeckel in Posen

über die Frage:

Wie soll der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe“ im Falle der Subhastation modificirt werden?

Die Frage, wie der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe“ im Falle der Subhastation zu modificiren sein möchte, soll im Nachstehenden wesentlich vom praktischen Standpunkte aus erörtert werden. Denn die Rechtsregel selbst, die man in der Parömie „Kauf bricht nicht Miethe“ wohl nicht ganz präcis zum Ausdruck bringt, findet ihre Berechtigung und ihre Hauptstütze mehr in dem Verkehrsbedürfnisse der Gegenwart, als in einer Anlehnung an das bestehende Recht. Letzteres würde man im Interesse der Rechtseinheit und im Interesse der Rechtsconsequenz hier ebenso gut, wie in anderen Fragen, zum Opfer bringen; aber das Verkehrsbedürfniß ist es, welches sich mit aller Macht gegen eine Wiederaufnahme des römisch-rechtlichen Grundsatzes, daß der Miether ohne Weiteres dem Käufer und neuen Eigenthümer des Grundstückes zu weichen habe, auflehnt.

Deshalb darf auch für die Frage, wie sich der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe“ bei der Subhastation gestalten soll, in erster Reihe das praktische Bedürfniß herangezogen, und von ihm aus die Entscheidung genommen werden. Zeigt sich dabei, daß es ohne Eingriff in das consequent durchgeführte System, welches der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für die dinglichen Rechte aufstellt, nicht abgehen kann, so

Digitized by Google

muß dies eben als nothwendige Folge hingenommen werden. Denn es ist mehr die Bestimmung des Rechts, dem Bedürfnisse des Verkehrs zu dienen, als juristische Logik und Consequenz zu treiben.

Erster Abschnitt.

Ueberblickt man zunächst diejenigen Gesetzgebungen von größerer Bedeutung, welche schon gegenwärtig dem Satze: „Kauf bricht nicht Miethe" gefolgt sind, so scheiden sich dieselben — hinsichtlich der Anwendung dieses Grundsatzes auf den Zwangsversteigerungsverkauf — in zwei Gruppen. Die eine Gruppe enthält besondere Vorschriften, welche den Satz für den Kauf in der Subhastation entweder ganz ausschließen oder doch erheblich modificiren; die andere hat besondere Vorschriften für diesen Specialfall nicht gegeben.

Zur ersteren gehören das preußische allgemeine Landrecht, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch und das sächsische bürgerliche Gesetzbuch (letztere beiden für die eingetragenen Miethe- und Pachtrechte); zur zweiten Gruppe der code Napoléon und die ihm nachgebildeten Gesetzgebungen (das badische Landrecht, der codice civile für Italien von 1865 und das holländische Recht).

Die anderen Gesetzgebungen, welche den Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" überhaupt nicht anerkennen — vor Allem also das gemeine Recht — dürfen hier füglich außer Betracht bleiben. Denn wenn eine Besonderheit für den Verkauf in der Zwangsversteigerung hinsichtlich der Miethe überhaupt vorgeschrieben ist, so geht sie immer nur dahin, die Stellung des Miethers dem Ersteher des Grundstückes gegenüber schwächer zu gestalten als sein Verhältniß gegenüber einem freihändigen Käufer; wo also die Gesetzgebung ohnehin schon mit dem Princip: „Kauf bricht Miethe" die Rechtsposition des Miethers im Falle eines Eigenthumswechsels so heruntergedrückt hat, daß sich der Miether gegen den neuen Eigenthümer nicht zu behaupten vermag, lag für sie keine Veranlassung vor, den Fall der Subhastation noch besonders in's Auge zu fassen.

Die Grundzüge des französischen Rechts sind kurz zusammengefaßt folgende: die Frage, ob im Falle eines Eigenthumswechsels der Miether dem Käufer vorgehen soll oder nicht, ist davon abhängig gemacht, ob der Miether einen authentischen oder mit einem gewissen Datum versehenen Miethscontract vorzulegen vermag. Art. 1743 bestimmt: „Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier

Digitized by Google

ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail." Unzweifelhaft hängt dies mit der im französischen Proceßrecht geltenden Vorschrift über die zulässige Beweisführung zusammen (Art. 691 des code de proc.). Nur derjenige Miether, der dem neuen Erwerber gegenüber durch die zulässigen Beweismittel darzuthun vermag, daß der Miethsvertrag vor dem Veräußerungsvertrage geschlossen ist, soll den neuen Eigenthümer an den Miethsvertrag binden dürfen. Anderenfalls muß der Miether weichen, ohne gegen den Erwerber Anspruch auf Entschädigung zu haben. Artikel 1750: „Si le bail n'est pas fait par acte authentique ou n'a point de date certaine, l'acquéreur n'est tenu d'aucuns dommages et intérêts."

Eine Frist zur Aufkündigung ist letzterenfalls nicht gesetzt; nur wenn der Miethsvertrag den Vorbehalt enthält, daß die Veräußerung der Liegenschaft die Miethe brechen soll, kann die Austreibung des Miethers nicht anders als nach vorgängiger Aufkündigung mit den gebräuchlichen Kündigungsfristen (Art. 1748) geschehen. Die Aufkündigung muß aber sofort erfolgen; wird sie vom neuen Eigenthümer verzögert, so tritt dieser in den Miethsvertrag ein, und man nimmt sogar an, daß hierin der Abschluß eines neuen Miethsvertrages zu finden sei, durch welchen der Vermiether von seiner Verpflichtung aus dem Vertrage frei werde.

Ist im Miethsvertrage der gedachte Vorbehalt gemacht, aber über eine Entschädigung des Miethers nichts bestimmt worden, so steht ihm, wenn die Kündigung erfolgt, ein in den Artikeln 1744 bis 1747 näher geregeltes Recht auf Entschädigung zu, und er braucht nicht eher abzuziehen, als bis er dieserhalb vom Vermiether oder dem neuen Erwerber (Art. 1749) vollständig befriedigt worden ist.

Im Wesentlichen ebenso ist das Verhältniß im badischen Landrecht geordnet. Hier konnte es nach Einführung der Civilproceßordnung zweifelhaft sein, ob die Vorschrift über die Beschaffenheit des Miethsvertrages nur als Beweisregel zu gelten habe, wonach sie gegenüber dem § 14 Nr. 2 des Einführungsgesetzes der Civilproceßordnung nicht hätte aufrecht erhalten werden können. Sie ist aber als eine materielle Voraussetzung der Gültigkeitsdauer des Miethsvertrages, soweit sich dessen Wirksamkeit gegen Dritte erstrecken soll, aufgefaßt worden, und es bestimmt daher § 146 des badischen Einführungsgesetzes zu den Reichsjustizgesetzen für die oben aus dem Code Napoléon citirten Artikel 1743 und 1750 folgenden Wortlaut:

Digitized by Google

Art. 1743. „Wenn der Bestandgeber die Bestandsache verkauft, so hat der Käufer kein Recht, den Beständer, dessen Vertrag vor dem Verkauf beurkundet ist, zu vertreiben, wenn nicht dieses Recht im Bestandbrief ausbedungen ist."

Art. 1750. „Fehlt dem Bestandvertrag die in L.R. S. 1743 bezeichnete Voraussetzung, so ist der Käufer zur Entschädigung nicht verbunden."

Im Uebrigen sind die Bestimmungen des code civil wesentlich unverändert in das badische Landrecht (Satz 1743—1751) übergegangen, und sie liegen auch den Vorschriften des holländischen Rechts und des italienischen codice civile zum Grunde.

Dieselben Sätze, die auch für die Pacht gelten, kommen nun auch für die Zwangsversteigerung zur Anwendung. Eine Vorschrift, daß etwa der Miether bei Ausschluß oder Abschwächung seines Rechts verpflichtet sei, dasselbe während des Verfahrens anzumelden, besteht nicht; es wird vielmehr der Ersteher in allen Beziehungen dem freihändigen Käufer gleichgestellt. So bestimmt § 35 der Subhastationsordnung vom 1. August 1822 für die französisch-rechtlichen Theile der preußischen Rheinprovinz: „Durch den ihm ertheilten Zuschlag erwirbt der Meistbietende auf die verkauften Immobilien keine größeren Rechte, als der Schuldner zur Zeit des Zuschlags hatte. Seine Rechte gegen die allenfallsigen Miether und Pächter werden nach den allgemeinen Bestimmungen des Civilgesetzbuchs und mit Berücksichtigung des Umstandes, ob die Mieth- oder Pachtverträge zur Zeit des Zahlungsbefehls ein gewisses Datum hatten, und ob sie für den Fall des Verkaufs besondere Bestimmungen enthalten, beurtheilt."

Es wird also angenommen, daß auch derjenige, der in der Zwangsversteigerung zu kaufen beabsichtigt, sich um die Mieths- und Pachtverhältnisse des Grundstücks vorher zu bekümmern habe, und es wird ihm überlassen, wie er sich hierüber die nöthige Information beschaffen will, um nicht hinterher durch Mieth- und Pachtverträge überrascht zu werden, die ihm den Genuß und die Ausnützung des Grundstücks auf Jahre hinaus verkürzen können. Nur für die auf längere Zeit als 18 Jahre abgeschlossenen Pacht- und Miethsverträge ist durch das Transscriptionsgesetz vom 22. März 1855 Art. 2 bestimmt worden, daß sie in das Hypothekenbuch eingetragen werden müssen, um gegen Dritte Wirksamkeit zu erhalten.

Für das deutsche Civilgesetzbuch ist eine analoge Gestaltung des Verhältnisses keinesfalls zu empfehlen. Zunächst schon deshalb nicht,

Digitized by Google

weil die erwähnten Vorschriften des französischen Rechts darüber, ob Miethe und Pacht zu den dinglichen oder persönlichen Rechten zählen sollen, vollständig im Unklaren lassen. Die französische Jurisprudenz ist denn auch hierüber im Zweifel; man nimmt wohl überwiegend letzteres an, zumal der code von der Sachenmiethe nicht im Sachenrecht, sondern im Obligationenrecht handelt, vermag aber dann einen inneren Grund für die Wirksamkeit der beurkundeten Mieth- und Pachtverträge gegenüber dem neuen Erwerber nicht anzugeben.

Einer solchen Unklarheit das Wort zu reden, ist bedenklich. Es läßt sich vorweg kaum übersehen, für welche Fragen es in der Praxis von entscheidender Bedeutung werden kann, ob ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu den dinglichen oder persönlichen Rechten zu zählen ist. Selbst eine noch so genaue Regelung seiner Wirkungen ersetzt diesen Mangel nicht, wenn sie nicht zugleich über den Charakter des Rechts Aufschluß giebt. So würde es, um nur ein Beispiel anzuführen, fraglich sein, ob der Miether im Falle der Zwangsversteigerung berechtigt sein soll, von dem jus offerendi dem Hypothekengläubiger gegenüber Gebrauch zu machen. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs giebt diese Befugniß in § 1081 jedem, „welcher ein Recht an dem Grundstücke durch die Zwangsversteigerung zu verlieren Gefahr läuft". Dieser Wortlaut sowohl, wie Zweck und Absicht des Gesetzes, wie endlich auch die Motive (Bd. 3 S. 691) lassen keinen Zweifel darüber, daß nur derjenige, der ein dingliches Recht an Grundstücken besitzt, zur Ausübung des jus offerendi befugt sein soll.

Derartige Fragen, die vielleicht erst durch die praxis multiplex an das Licht gebracht werden, und die selbst der genauesten theoretischen Betrachtung entgehen können, verlangen durchaus, daß über die Grundsätze im Gesetze selbst Klarheit herrsche. Der Gesetzgeber darf nicht über so principielle Punkte, wie über den, ob er ein Rechtsverhältniß als dingliches oder persönliches construiren will, die Augeu schließen; er darf sie nicht — wie der landläufige Ausdruck lautet — der Wissenschaft zur Entscheidung überlassen. Letztere wird und kann dasjenige, was der Gesetzgeber selbst nicht sehen wollte, auch ihrerseits nicht herausbringen, und die Folge ist immer nur, daß Zweifel und Streitfragen entstehen, unter denen der Verkehr am meisten zu leiden hat.

Aber abgesehen davon, sprechen gegen eine Regelung im Sinne des französischen Rechts auch andere Erwägungen.

Der Käufer in der Subhastation und der Käufer bei freihändigem Verkauf befinden sich nicht in gleicher Lage. Letzterem steht in allen

Digitized by Google

Fällen ein für den Abschluß des Geschäfts interessirter Verkäufer gegenüber, der rechtlich verpflichtet und im eigenen Interesse bemüht ist, über die das Grundstück betreffenden Rechtsverhältnisse den Kauflustigen zu informiren. Daß hierbei die bestehenden Pacht- und Miethverträge ihre Bedingungen, ihre Dauer, ihre Löslichkeit oder Unauflöslichkeit für den Fall eines Eigenthumswechsels zur Sprache kommen werden, versteht sich fast von selbst. Ein vorsichtiger Käufer wird nicht ohne genügende Aufklärung über diese Punkte und nöthigen Falls nicht ohne Einsicht der betreffenden Urkunden das Geschäft abschließen, und da an dem Zustandekommen des Geschäfts auch der Verkäufer interessirt ist, wird ihm dieser die Information und Prüfung der thatsächlichen Angaben ermöglichen.

Das eigene Interesse regulirt hier — wie in den meisten Fällen — das gegenseitige Verhältniß am besten.

Für die Subhastation steht die Sache anders. Hier fehlt der am Abschluß des Geschäfts interessirte Verkäufer. Der Kauflustige ist auf Erkundigungen bei den Miethern und Pächtern angewiesen und auf deren guten Willen, ihm Auskunft zu ertheilen. Häufig wird er auch hier auf ein entgegengesetztes Interesse stoßen, abgesehen von der Weitläufigkeit der Sache und der Unsicherheit des Ergebnisses. Beliebigen Dritten auf das bloße Vorgeben hin, daß sie auf das Grundstück zu bieten beabsichtigen, Auskunft über die eigenen Rechtsverhältnisse zu ertheilen oder ihnen gar die bestehenden Verträge zur eigenen Nachprüfung vorzulegen, ist nicht Jedermanns Sache.

So bleibt von vornherein die künftige Rechtsstellung des Käufers eine unsichere; sie klärt sich erst, wenn der Eigenthumswechsel durch den Zuschlag bereits vollzogen ist. Dies dient selbstverständlich nicht dazu, den Kreis der Bieter zu erweitern und den Erwerb im Zwangsversteigerungsverfahren zu empfehlen. Wollte man aber, um den Käufer sicherer zu stellen, eine Anmeldepflicht für Miether und Pächter einführen, etwa mit der Wirkung, daß nicht angemeldete Rechte dem Ersteher gegenüber nicht geltend gemacht werden können, so würde dies zunächst das Verfahren unnöthig erschweren und complicirt gestalten.

Sodann aber ist nicht bloß die Lage des Käufers, sondern mehr noch die der Hypothekengläubiger zu berücksichtigen. Diese bleibt nach dem System des französischen Rechts, selbst wenn man es durch eine Anmeldepflicht im vorstehend erwähnten Sinne ergänzen wollte, ohne genügenden Schutz.

Dabei kommt Folgendes in Betracht:

Von der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Hypothekenverkehrs

Digitized by Google

hängt die Lage des Realcredits in erster Reihe ab. Welchen Werth die Gesetzgebung auf den Realcredit, seine Hebung und gesunde Entwickelung zu legen hat, wenn sie nicht einen wirthschaftlichen Niedergang einleiten soll, braucht hier nicht erst ausgeführt zu werden. Der gesunde Realcredit verlangt nun aber für den Hypothekenverkehr zweierlei: 1) die Möglichkeit, sich über die Rechtsverhältnisse am Grundstück und über die für seinen Werth maßgebenden Punkte mit thunlichster Sicherheit zu informiren, und 2) die prompte Durchführung der hiernach zu bemessenden Rechtsstellung des Realgläubigers, so zwar, daß bei Vollziehung seiner dinglichen Befugniß nur die concurrirenden Rechte anderer Realinteressenten in Betracht kommen dürfen.

Für das erste Erforderniß ist durch die Ausbildung, welche das Grundbuchwesen inzwischen erfahren hat, das Möglichste erreicht worden. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches concentrirt das System der Erkennbarkeit aller Rechtsbeziehungen des Grundstückes aus dem Grundbuche noch mehr, als es bisher schon der Fall war, und es wird weiter unten darauf zurückgekommen werden, daß es sich nicht empfehlen würde, in Beziehung auf Miethe und Pacht dieses System zu durchbrechen. Daraus folgt nicht, daß man die Eintragung des Mieth- und Pachtrechts fordern müßte, um ihm dingliche Wirksamkeit zu sichern; es folgt daraus nur, daß das Recht des Hypothekengläubigers stärker sein soll, als das nicht eingetragene Mieth- und Pachtrecht, so daß ersteres bei seiner Bethätigung auf das nicht eingetragene Recht keine Rücksicht zu nehmen braucht.

Es betrifft dies bereits den zweiten vorangestellten Punkt, nämlich die prompte Durchführung der nach dem Grundbuch zu bemessenden Rechtsstellung des Realgläubigers.

Vergleicht man nun mit diesen Anforderungen, die an die Gesetzgebung im Interesse der Sicherheit des Hypothekenverkehrs gestellt werden müssen, die Lage, in welcher sich nach französischem Recht der Hypothekengläubiger befindet, so springt das Unzureichende seiner Stellung deutlich in die Augen. Zwar die Möglichkeit, alle bestehenden Mieth- und Pachtrechte aus dem Grundbuche zu erkennen, würde ihm auch nach unserer Auffassung nicht gewährt werden können. Aber an dieser Erkennbarkeit hat er auch kein Interesse, da er bei Ausübung seines Rechts über die nicht eingetragenen Rechte hinweggehen darf. Nach französischem Recht ist der Hypothekengläubiger aber nicht einmal dagegen geschützt, daß, nachdem er bereits sein Recht erworben, der Grundstückseigenthümer Mieth- und Pachtverträge schließt, die der Gläubiger bei Realisirung

Digitized by Google

seines Rechts anerkennen und gegen sich gelten lassen muß. Denn die letzte Realisirung der Hypothek ist eben der Zwangsverkauf. Muß bei ihm der verkaufende Gläubiger dulden, daß Mieth- und Pachtverträge zum Vorschein kommen, die, weil sie gehörig beurkundet sind, den Ersteher binden, mögen sie auch nach Entstehung der Hypothek errichtet sein, so können ihm die ökonomischen Substrate seiner Hypothek auf gesetzlichem Wege aus der Hand gewunden werden.

Man verweise dagegen nicht auf die Möglichkeit einer Anfechtung solcher Verträge vom Gesichtspunkte eines simulirten oder fraudulosen Handelns. Eine derartige Aussicht ist gerade das Gegentheil von der prompten Durchführung der dem Realgläubiger zu gewährleistenden Rechte, und sie kann nur dazu dienen, vorsichtige Leute vor dem Realcredit zu warnen.

Diese Erwägungen werden ausreichen, um eine Anlehnung an das französischrechtliche System abzuweisen.

Auf einem nahezu entgegengesetzten Standpunkte steht das österreichische und sächsische bürgerliche Gesetzbuch, sowie das preußische Allgemeine Landrecht.

Nach dem österreichischen und sächsischen Gesetzbuch ist Miethe und Pacht nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß. Im Falle eines Eigenthumswechsels muß daher der Miether dem neuen Eigenthümer nach gehörig erfolgter Aufkündigung weichen, und er kann nur vom Vermiether Ersatz des erlittenen Schadens beanspruchen. Ist aber das Miethsrecht in das Grundbuch eingetragen worden, so bindet es auch den neuen Erwerber. Nur im Falle der Zwangsversteigerung hilft auch die Eintragung nichts: der Miether und Pächter muß dem Ersteher nach Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Kündigungsfrist den Besitz räumen und behält nur seinen Rückgriff an den Vermiether.

Die einschlägigen Bestimmungen lauten:

§ 1095 des österr. Ges.: „Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß."

§ 1120 daselbst: „Hat der Eigenthümer das Bestandstück an einen Anderen veräußert und ihm bereits übergeben, so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§ 1095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtigt, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den er-

Digitized by Google

littenen Schaden und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern."

§ 1121 daselbst: „Bei einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung muß der Bestandnehmer selbst in dem Falle, daß sein Recht als ein dingliches Recht eingetragen ist, dem neuen Käufer weichen. Nur in Rücksicht auf die Entschädigung bleibt ihm sein Vorzugsrecht vorbehalten."

§ 1222 des sächs. Gesetzb.: „Geht während der Dauer des Vertrages das Eigenthum oder ein die Benutzung von Seiten des Pächters oder Miethers ausschließendes Recht an der Sache in Folge einer Veräußerung von Seiten des Verpächters oder Vermiethers oder aus einem anderen Rechtsgrunde auf einen Dritten über, welcher in die Verpflichtungen des Verpächters oder Vermiethers nicht eintritt, so kann der Pächter oder Miether von dem Verpächter oder Vermiether Schadenersatz verlangen (§ 764)."

§ 1224 daselbst: „Hat der Verpächter oder Vermiether eines Grundstücks oder einer Gerechtigkeit sich gegen den Pächter oder Miether verpflichtet, im Falle einer Veräußerung der Sache dem Erwerber die Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrages zur Bedingung zu machen, so kann der Pächter oder Miether verlangen, daß diese Verpflichtung in dem Grundbuche eingetragen wird. Im Falle der Zwangsversteigerung geht die Verbindlichkeit zur Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrages, selbst wenn eine Eintragung im Grundbuche erfolgt ist, auf den neuen Erwerber nicht über."

§ 1225 daselbst: „Der Dritte, welcher das Eigenthum oder das Benutzungsrecht an der Sache erwirbt, kann nach seiner Eintragung im Grundbuche den Pacht- oder Miethvertrag dergestalt kündigen, daß der Pachtvertrag mit dem Schlusse des laufenden Pachtjahres oder, wenn die Kündigung nicht wenigstens acht Wochen vor dem Ende desselben erfolgt, mit dem Ende des nächsten Pachtjahres, der über Grundstücke geschlossene Miethvertrag, dafern er nicht nach seiner Bestimmung schon früher endigt, nach Ablauf der im § 1215 angegebenen Kündigungsfrist erlöscht. Benutzt der Dritte die erste Kündigungsfrist nicht, so ist es so anzusehen, als sei er in den Vertrag seines Vorgängers getreten."

Hervorzuheben ist, daß nicht dem Hypothekengläubiger, sondern dem Ersteher das Recht, die Auflösung des Vertrages zu verlangen, gegeben ist, und daß auch hier — wenigstens nach sächsischem Recht — der Ersteher in den Vertrag für eintretend gilt, wenn er nicht von der ersten, ihm rechtlich gebotenen Möglichkeit der Kündigung Gebrauch macht. Genauer auf die Einzelheiten einzugehen, erübrigt sich; die einschlägi-

Digitized by Google

gen Fragen werden bei der Darstellung des preußischen Rechts nochmals zur Sprache kommen.

So viel aber wird aus den mitgetheilten Grundzügen bereits ersichtlich sein, daß der Schutz der Realgläubiger, wenn er im französischen Recht zu wenig beachtet war, hier in unnöthiger Weise überspannt worden ist. Hat man einmal die Eintragung des Mieth- und Pachtrechts in das Grundbuch zugelassen und damit diesem Rechte die Erkennbarkeit für jeden Dritten gegeben, so lag keine Veranlassung vor, in der Zwangsversteigerung das eingetragene Miethrecht anderen eingetragenen Rechten nachzusetzen. Man will dies — wenigstens in der österreichischen Jurisprudenz — daraus erklären, daß das eingetragene Miethrecht trotz seiner Eintragung kein dingliches sei, sondern ein persönliches Recht bleibe, welches nur dem Dritten gegenüber wirksam werde. Aber weshalb gerade diese Wirkung in der Zwangsversteigerung versagt wird, wird mit dieser Construction, — wofern sie überhaupt dem § 1095 cit. gegenüber zulässig ist, — nicht erklärt.

Ein wirthschaftliches Bedürfniß befriedigt diese Regelung nicht. Das wirthschaftliche Bedürfniß verlangt im Gegentheil wenigstens *eine* Möglichkeit, sich unter allen Umständen und unabhängig von einem etwaigen Eigenthumswechsel, mag sich dieser als freihändiger oder als zwangsweiser vollziehen, im Besitze der Pacht oder Miethe zu behaupten.

Dies tritt nach verschiedenen Richtungen hin hervor.

Man nehme z. B. die Verhältnisse bei der Landgüterpacht. Diese erfordert heut, wenn es sich um größere Güter handelt, zur rationellen Bewirthschaftung ein Capital, welches als Anlage in das Gut verwendet wird, und welches erst nach Jahren wieder herausgezogen werden kann. Der Gutsbesitzer ist heut in ähnlicher Weise wie der Kaufmann genöthigt, mit Anlagekapital, Umsatz und Conjuncturen zu arbeiten; er muß Anlage und Ertrag auf Jahre hinaus berechnen; — er muß deshalb aber auch wissen und sicher sein, daß ihm die Bewirthschaftung des Gutes für diejenige Zeit bleibt, die er bei seiner Berechnung in Anschlag bringt. Eine Gesetzgebung, die ihm hierzu *kein* Mittel bietet, verkennt dieses Bedürfniß. Die Aussicht und Möglichkeit, entschädigt zu werden, ist nur ein kümmerlicher Ersatz. Wenn der Pächter mitten in der Pachtperiode von dem Gute weichen muß, weil es im Wege der Zwangsversteigerung zugeschlagen worden ist, bleibt die Ermittelung seines Schadens und mehr noch die des entgangenen Gewinns immer eine schwankende. Hypothekengläubiger und Pächter werden sich darüber gleichmäßig beklagen; und wer es weiß, wie gerade bei derartigen Entschädigungsan-

Digitized by Google

sprüchen die Gutachten der Sachverständigen auseinandergehen, wird die Berechtigung solcher Klagen nicht verkennen. In der Praxis gehören diese Entschädigungsansprüche zu denen, an deren sachgemäßer Entscheidung man schließlich verzweifelt; meist werden sie, weil die widersprechenden Gutachten gleichwerthig begründet sind, mit dem arithmetischen Mittel abgethan, und die Parteien mögen sich dann hinterher ausrechnen, wer schließlich den Schaden, und wer den Vortheil gehabt hat.

Noch schlimmer fast steht es bei größeren gewerblichen und kaufmännischen Anlagen. Derartige Etablissements, wie sie heut in großen Städten mit enormen Kosten hergerichtet werden, müssen die Gewißheit der Stabilität haben. Eine Gesetzgebung, welche sie nicht gewährleistet, weil sie mit der drohenden Zwangsversteigerung immer noch eine Lücke bietet, durch welche man an die Grundlagen des Unternehmens herankann, wird den heutigen Verkehrsverhältnissen nicht gerecht.

Aber man braucht nicht einmal so weit zu gehen. Auch in kleineren Verhältnissen zeigt sich das gleiche Bedürfniß. Kaufleute und Gewerbetreibende aller Art, die sich eine feste Kundschaft begründet haben, sind in ihrer Existenz geradezu davon abhängig, daß sie da, wo die Kundschaft sich hingezogen hat, ihr Geschäft oder ihr Gewerbe betreiben können. Dies läßt sich freilich dauernd nur durch Erwerb des Grund und Bodens erreichen, und die Erfahrung zeigt ja auch, wie sehr man gerade im Kreise der mittleren Geschäftswelt bemüht ist, sich durch den Ankauf eines geeigneten Grundstücks die Prosperität des Geschäfts zu sichern. Wo dies aber nicht möglich ist, sollte doch wenigstens *ein* Mittel geboten sein, sich auf eine Reihe von Jahren mit voller Sicherheit im Besitze des Grundstückes zu erhalten. Wird der Inhaber eines derartigen Geschäfts durch die Zwangsversteigerung ausgetrieben, so ist es mit seiner Entschädigung fast noch schlimmer bestellt, wie bei der Landgüterpacht. Denn es fehlen hier alle Factoren, die einen auch nur annähernd sicheren Schluß auf die Höhe des ihm zu ersetzenden Schadens zulassen, und selbst der billigst denkende Gutachter wird immer nur sehr approximativ eine Schätzung abgeben können.

Man könnte, wenn nicht auf der anderen Seite die Hypothekengläubiger zu bedenken wären, von diesen Erwägungen aus leicht dazu kommen, auch für die Zwangsversteigerung die Geltung des Satzes „Kauf bricht nicht Miethe“ schlechthin zu befürworten. In Wahrheit aber handelt es sich darum, zwischen diesen entgegengesetzten Interessen, — auf der einen Seite des Realcredits, auf der anderen Seite der Pächter und Miether — einen Mittelweg zu finden, der jenen nicht herabdrückt und

Digitized by Google

diesen die rechtliche Möglichkeit gewährt, auch die Zwangsversteigerung überdauern zu können. Damit aber, daß — wie im österreichischen und sächsischen Gesetzbuche — selbst dem eingetragenen Mieth- und Pachtrechte die Berechtigung versagt wird, sich gegen den Ersteher im Besitze zu behaupten, ist eine befriedigende Lösung nicht gegeben.

Dies gilt nun auch vom Preußischen Allgemeinen Landrecht. In ihm tritt die unbillige Zurücksetzung von Miethe und Pacht im Zwangsversteigerungsverfahren gegenüber den hypothekarischen Rechten um so schärfer hervor, als das Landrecht bekanntlich die Dinglichkeit der Miethe und Pacht im Uebrigen, und speciell beim freihändigen Verkauf, anerkannt hat. In § 2 Tit. 21 Thl. I wird ausdrücklich der Befugniß des Miethers, „soweit er sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, die Eigenschaft eines dinglichen Rechts" beigelegt, und der folgende § 3 zieht hieraus den Schluß, daß „also die Verpflichtung, ihm die Ausübung des dinglichen Rechts zu gestatten, auf jeden neuen Erwerber der Sache übergeht, welcher sein Recht vom Besteller des Gebrauchs- und Nutzungsrechts herleitet". In Anwendung dieses Grundsatzes disponirt der § 358 speciell für den Fall der freihändigen Veräußerung: „Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert."

Nur für den Fall der Zwangsversteigerung soll Miether und Pächter weichen müssen. Als Grund geben die Materialien an, weil „der Miether oder Pächter denen creditoribus in Verfolgung ihrer Gerechtsame nicht präjudiciren könne, was doch geschehen würde, wenn auch bei einer nothwendigen Subhastation die Pacht und Miethe continuiret werden müßte, indem ein solcher Umstand allerdings viele Licitanten abhalten würde".

Das Nähere bestimmen die §§ 350—357 dahin:

§ 350. Auch innerhalb der contractmäßigen Zeit muß der Pächter oder Miether sich die Aufkündigung gefallen lassen, wenn der Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der Sache eintritt.

§ 351. Ein Pächter ist alsdann mit Ende des Wirthschaftsjahres zu räumen schuldig, wenn ihm die Aufkündigung sechs Monate vor dem Ablauf dieses Jahres geschehen ist.

§ 352. Geschieht die Aufkündigung später, so kann er vor dem Ende des nächstfolgenden Wirthschaftsjahres zur Räumung nicht angehalten werden.

§ 353. Bei eigentlichen Miethungen ist der Miether erst nach Ablauf eines Vierteljahres vom Ausgange desjenigen Quartals, in welchem der Verkauf geschehen ist, zu räumen verbunden.

Digitized by Google

§ 354. Will er selbst die Miethe mit Ablauf desjenigen Quartals, in welchem der Zuschlag erfolgt ist, aufgeben, so kann ihm solches nicht gewehrt werden.

§ 355. Wegen des dem Pächter oder Miether erweislich entstehenden Schadens aus der vor dem Ablaufe der contractmäßigen Zeit nothwendig gewordenen Räumung, kann derselbe an das Vermögen des Verpächters oder Vermiethers sich halten.

§ 356. Hat er seinen Contract in das Hypothekenbuch eintragen lassen, so gebühren ihm wegen dieser Entschädigung die Rechte der dritten Klasse; außerdem aber keine besonderen Vorrechte im Concurse.

§ 357. Wenn weder von Seiten der Gläubiger, noch des neuen Käufers, eine Aufkündigung erfolgt, so kann der Pächter oder Miether, bloß der erfolgten nothwendigen Veräußerung wegen, seinerseits von dem Vertrage nicht abgehen.

Hervorzuheben ist dabei Folgendes:

1. Ein Unterschied bezüglich der Einwirkung des Zuschlages auf die bestehenden Mieth- und Pachtrechte, je nachdem sie eingetragen oder nicht eingetragen sind, ist nicht gemacht. Auch der Miether, dessen Recht eingetragen ist, muß dem Ersteher weichen. Die Eintragung giebt ihm nach heutigem Grundbuchrecht nicht einmal die Befugniß, eine Entschädigungsforderung in der Reihe der Realgläubiger geltend zu machen; der hierauf zielende § 356 hat dadurch seine Bedeutung verloren, daß nach den Grundbuchgesetzen von 1872 Eintragungen von unbestimmter Höhe beseitigt, bezw. unwirksam sind. Will sich der Miether oder Pächter für seine etwaige Entschädigungsforderung ein den Realgläubigern gegenüber wirksames dingliches Recht sichern, so muß er sich eine Cautionshypothek unter Feststellung eines bestimmten Höchstbetrages eintragen lassen. Dasselbe bestimmt für die Zukunft § 1129 Abs. 3 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

2. Das Recht zur Kündigung steht dem Ersteher und den Gläubigern zu. Bezüglich des Erstehers ist es gewiß, daß er sein Kündigungsrecht verliert, wenn er es nicht sofort, d. h. bei der nächsten ihm gebotenen Möglichkeit nach dem Zuschlage ausübt. Man nimmt in der Praxis an, daß der Ersteher, auch wenn der Zuschlag noch nicht rechtskräftig ist, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen muß, um desselben nicht verlustig zu gehen, und daß seine Befugniß zu kündigen mit dem Eigenthume des Grundstücks auf jeden Singularsuccessor übergeht.

Digitized by Google

Bezüglich der Gläubiger ist es streitig, ob darunter nur die Hypothekengläubiger, oder auch Personalgläubiger, welche die Subhastation beantragt haben, zu verstehen sind, sowie ob jedem derselben — unabhängig von der Entschließung der übrigen — das Recht zur Kündigung zusteht, oder ob die Gläubiger gemeinsam über die Kündigung beschließen müssen, so zwar, daß dieselbe, wenn sie von den Gläubigern beschlossen wird, als besondere Kaufbedingung bei der Versteigerung aufzustellen ist. Zur letzteren Annahme, die allerdings mit der Judicatur des Obertribunals im Widerspruch steht und über die sich auszusprechen das Reichsgericht bis jetzt keine Veranlassung hatte, scheint man sich gegenwärtig überwiegend hinzuneigen.

Jedenfalls wird angenommen, daß, da seitens der Gläubiger nur vor dem Zuschlage gekündigt werden kann, die Kündigung unwirksam wird, wenn der Zuschlag hinterher nicht ertheilt wird. Wie sich das Rechtsverhältniß gestaltet, wenn der Zuschlag im Beschwerdewege angefochten wird, und noch vor der endgültigen Entscheidung die gesetzliche Räumungsfrist abläuft, ist zweifelhaft.

3. Unterläßt der Ersteher die Kündigung, oder hebt er die von den Gläubigern ausgesprochene Kündigung mit Zustimmung des Pächters oder Miethers wieder auf, so tritt er — ganz ebenso wie ein freiwilliger Käufer — in den bestehenden Vertrag ein. Andernfalls ist es wieder streitig, wie das Rechtsverhältniß des Erstehers zum Miether oder Pächter bis zu dessen Abzuge aufzufassen ist. Die Judicatur — auch die des Reichsgerichts — betrachtet die Kündigungsfrist, in welcher Miether und Pächter im Besitze ihres Rechts bleiben, lediglich als eine Räumungsfrist, so daß der Ersteher auch bis dahin in den Vertrag nicht eintritt; andererseits wird wieder angenommen, daß wenigstens bis zur Räumung ein Eintritt des Erstehers in den Vertrag stattfinde. Je nachdem man der einen oder anderen Ansicht folgt, bemessen sich die Rechte und Pflichten des Erstehers gegenüber dem Miether und Pächter in verschiedenem Umfange. Dies zeigt sich namentlich in der Frage, inwieweit der Ersteher Vorausbezahlungen des Miethzinses für die Zeit nach dem Zuschlage gegen sich gelten lassen, und inwieweit er eine Compensationsbefugniß des Pächters und Miethers anerkennen muß.

4. Dem Miether und Pächter giebt die Zwangsversteigerung kein Rücktrittsrecht. Ist ihm aber von den Gläubigern gekündigt, und diese Kündigung durch Ertheilung des Zuschlages wirksam geworden, so ist der Ersteher nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Miethers oder Pächters die Kündigung wieder aufzuheben.

Digitized by Google

5. Diese Wirkungen treten ein bei jeder Zwangsversteigerung, deren Wirkung sich gegen die Realberechtigten richtet; also bei der Zwangsversteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung, bei der auf Antrag des Beneficialerben und auf Antrag des Concursverwalters betriebenen, sowie ferner (zufolge des § 17 Nr. 2 der Reichsconcursordnung) bei der freiwilligen Veräußerung des Grundstücks durch den Concursverwalter. Sie sind also nur ausgeschlossen bei der Zwangsversteigerung auf Antrag eines Miteigenthümers.

Aus diesem Ueberblick über das System des Allgemeinen Landrechts ergiebt sich, daß — abgesehen von einer ganzen Reihe von Streitfragen, von denen nur die wichtigsten im Vorstehenden erwähnt sind — weder der Miether und Pächter, noch der Ersteher, noch die Hypothekengläubiger besonderen Grund haben, die Beibehaltung dieser Vorschriften zu wünschen. Der einzige Interessent, dessen Rechte von vornherein außer Betracht bleiben dürfen, ist der Subhastat. Zwar nicht in dem Sinne, daß über sein Interesse auch da hinweggegangen werden dürfte, wo es nicht im Widerspruch steht mit dem Vollzugsrechte der Realgläubiger und einer exacten Durchführung ihrer Verkaufsbefugniß; aber doch jedenfalls in dem Sinne, daß sein Interesse im Collisionsfalle zurücktreten muß, und daß daher die Betrachtung zunächst von den Interessen der Realberechtigten und des Erstehers ausgehen und diese als entscheidend ansehen darf.

Daß für Miether und Pächter nicht genügend gesorgt ist, weil ihnen jede rechtliche Möglichkeit fehlt, eine Zwangsversteigerung zu überdauern, ist bereits hervorgehoben.

Aber auch bezüglich des Erstehers geht das Gesetz über das nothwendige Ziel hinaus. Es genügt vollständig, wenn ihm nur die Möglichkeit der Kündigung offen gehalten wird. Ihn schon durch eine Kündigung der Realgläubiger zu binden, so zwar, daß es hinterher der Zustimmung des Miethers oder Pächters bedarf, um diese Kündigung zu beseitigen und einen Eintritt des Erstehers in das bestehende Vertragsverhältniß zu ermöglichen, geht zu weit. Eine solche Regelung kann unter Umständen auch dem Ersteher unerwünscht sein und kann Bietungslustige vom Kaufe abhalten. Vielleicht liegt dem einen oder anderen Bieter gerade daran, die bestehenden Pacht- und Miethverhältnisse nicht zu lösen; hier können persönliche und geschäftliche Gründe, wirthschaftliche Erwägungen aller Art und sonstige Umstände in Betracht kommen. Jedenfalls empfiehlt es sich nicht, die Freiheit der Entschließung dem künftigen Eigenthümer des Grundstücks aus der Hand zu nehmen; er

Digitized by Google

muß selbst am besten wissen, ob ihm eine Lösung oder Nichtlösung der bestehenden Mieth- und Pachtverträge erwünschter ist.

Endlich entspricht es auch dem Interesse der Hypothekengläubiger nicht, jedem von ihnen die Kündigungsbefugniß einzuräumen. Wenn dahin in der That — was streitig ist — die Vorschrift des § 357 verstanden werden müßte, so würden sich die in der Priorität vorstehenden Gläubiger mit Recht beschweren können, daß nachstehende Gläubiger, vielleicht solche, die von vornherein keine Aussicht hatten, im Verfahren befriedigt zu werden, vortheilhafte Pacht- und Miethverträge gekündigt und dadurch den Verkaufspreis des Grundstücks heruntergedrückt haben. Sachgemäß kann in dieser Beziehung nur die aus der Priorität hervorgehende bessere Berechtigung entscheidend sein, so zwar, daß ein nachstehender Realgläubiger zur Kündigung nicht befugt ist, wenn derselben von einem vorgehenden Gläubiger widersprochen wird.

Die Außerachtlassung der aus der Priorität hervorgehenden besseren Rechtsstellung ist allerdings für das ältere preußische Recht noch speciell daraus zu erklären, daß dasselbe die Subhastation als ein Mittel betrachtete, das Grundstück aus allen an ihm begründeten dinglichen Rechten zu lösen. An dieser Auffassung, die zunächst in der geschichtlichen Entwickelung ihre Begründung findet, hielt man wegen der Einfachheit des Verfahrens bis in die neueste Zeit fest, weil man von ihr aus in der Subhastation das beste Mittel erkannt hatte, eine Verwickelung der Rechtsbeziehungen am Grundstück zu vermeiden und klare grundbuchmäßige Verhältnisse zu schaffen. Die Subhastation wurde sozusagen als eine Radicalprocedur betrachtet, um das Grundstück zu purificiren. Ihren Wirkungen unterlagen daher — mit wenigen Ausnahmen — alle dinglichen Rechte, ohne Unterschied, ob sie gegenüber dem betreibenden Gläubiger in der Priorität bevorzugt waren oder nicht. Die Priorität sollte sich lediglich bei Vertheilung des Erlöses zeigen.

Von diesem Standpunkt aus war es nur consequent, auch den Miether und Pächter, selbst wenn sein Recht eingetragen war, der lösenden Wirkung der Subhastation zu unterwerfen. Er sollte nicht anders behandelt werden, als die übrigen dinglich Berechtigten und speciell die Hypothekengläubiger. Ebenso wie letztere ohne Ausnahme sich die Lösung ihres Rechts gefallen lassen mußten und auf eine Befriedigung aus dem Kaufgelde angewiesen waren, wurde auch sein Recht in der Subhastation gelöst und in einen Entschädigungsanspruch aus den Kaufgeldern umgewandelt.

Digitized by Google

Nun hat aber die Gesetzgebung diesen Weg seit dem Anfange des gegenwärtigen Jahrzehnts verlassen. Man ist aus juristischen und wirthschaftlichen Gründen, die hier nicht weiter zu erörtern sind, zu dem richtigen Princip des römischen Rechts und der juristischen Logik zurückgekehrt, daß der besser berechtigte Gläubiger in seinem Rechte nicht dadurch Einbuße erleiden darf, daß ein Minderberechtigter seine Rechte am Grundstücke geltend macht.

Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs steht auf diesem Standpunkte. Der letztere hat zwar in den Vorschriften des Entwurfs noch keinen faßbaren Ausdruck gefunden; man hat es aus praktischen Gründen dem künftigen Reichsgesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorbehalten, den Grundsatz auszusprechen, daß die Zwangsversteigerung nur unbeschadet der dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte erfolgen darf. Aber die Motive lassen keinen Zweifel darüber (Bd. 3 S. 148 ff.), daß dieser Grundsatz bereits angenommen ist, und daß man ihn nur deshalb in das bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen hat, weil zu seiner zweckmäßigen Durchführung eine Reihe von Procedurvorschriften erforderlich sind, die man sachgemäß mit ihm in einem Gesetze verbinden will. Der Entwurf bildet sogar das sogenannte Deckungsprincip noch weiter aus, als es im neuesten preußischen Recht der Fall ist. Denn es soll in Zukunft auch keine Veranschlagung der vom Ersteher zu übernehmenden begrenzten Rechte am Grundstücke zu einem bestimmenden Geldwerthe und keine Anrechnung dieses Geldwerthes auf den Kaufpreis stattfinden, vielmehr sollen alle diese Rechte schlechthin unberührt bleiben und sich um das Zwangsversteigerungsverfahren überhaupt nicht zu kümmern haben.

Daraus leuchtet nun ohne Weiteres ein, daß, wenn in Zukunft auch das eingetragene Mieth- und Pachtrecht nicht in der Lage sein soll, sich dem Ersteher gegenüber zu behaupten, die Stellung des Miethers und Pächters noch tiefer heruntergedrückt werden würde, als im preußischen Recht. In diesem theilte er wenigstens mit den übrigen dinglich Berechtigten dasselbe Schicksal; er war aber auch mit ihnen durch seine Eintragung zugleich in die Reihe derjenigen gestellt, die aus dem Kaufgelde ihre Befriedigung suchen durften. Letzteres ist nun weggefallen, da die Eintragung des Miethrechts als Cautionshypothek nicht mehr wirksam ist; aber auch dasselbe Schicksal mit den übrigen würde der Miether nicht mehr theilen, da eben nur sein Recht trotz der Eintragung löslich sein soll.

Digitized by Google

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs geht bekanntlich noch weiter; er gestattet die Eintragung überhaupt nicht. Er betrachtet Miethe und Pacht lediglich als ein persönliches Rechtsverhältniß, welches weder durch Besitzeinräumung noch durch Eintragung dinglich werden könne.

Hierzu muß man Stellung nehmen.

Es ist behauptet worden, daß, wenn man sich erst von der aus dem römischen Recht geläufig gewordenen Auffassung freigemacht habe, in dem Rechtsverhältnisse von Miethe und Pacht an sich nichts liege, was einer Construction dieses Rechts als eines dinglichen widerstreiten würde. Es sei willkürlich, wenn man die Berechtigungen, die der Miether vermöge seines Rechts an der Sache ausübt, immer nur von dem Gesichtspunkte einer Leistung des Vermiethers auffasse; man könne sie überhaupt als Ausfluß eines an der Sache selbst bestehenden Rechts betrachten, welches durch seine Constituirung und Besitzübertragung dinglich geworden sei. Zwingende Gründe für die eine oder andere Auffassung seien nicht zu erbringen. Auch die Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs seien eine Begründung dafür schuldig geblieben, daß Miethe und Pacht nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß sein könne, und daß es auch durch Besitzeinräumung oder Eintragung nicht dinglich werden könne.

Unserer Auffassung nach ist dieser Angriff nicht zutreffend; wäre er es, so wäre es unbegreiflich, weshalb der Entwurf — entgegen allen Bedürfnissen des Verkehrs, die seinen Verfassern doch gewiß nicht entgangen sind, — gerade diejenige Auffassung gewählt hätte, die sich als die praktisch unhaltbare erweist, und mit der sich der Entwurf in Widerspruch setzt zu der im größten Theile Deutschlands bestehenden Rechtsübung.

Aber wenn man der Theorie des Entwurfs näher tritt, so zeigt sich, daß der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe“ in sein System in der That nicht paßt, und daß er als eine Ausnahme hingenommen werden muß, mit der man dem praktischen Leben auf Kosten der juristischen Consequenz zu Hülfe kommt.

Die Motive (Bd. 3 S. 2 ff.) führen aus — und es wird keiner näheren Begründung für das Zutreffende dieser Ausführung bedürfen — daß man es bei der Lehre des Landrechts vom titulus und modus acquirendi nicht habe belassen können. Dieselbe sei unhaltbar; sie beruhe auf einer Verkennung des Gegensatzes zwischen dinglichen und persönlichen Rechten und führe zu einer Verdunkelung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechts und des Rechts der Schuldverhältnisse.

Digitized by Google

Das Sachenrecht müsse, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem Gebiete liegen. Es habe die Thatsachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Es könne daher den Betheiligten nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Charakter des dinglichen zu verleihen. Vielmehr müsse für das Sachenrecht der Grundsatz gelten, daß die Betheiligten nur solche Rechte begründen können, deren Begründung das Gesetz zulasse. Die Zahl der dinglichen Rechte sei daher nothwendig eine geschlossene.

Die Motive construiren sodann an Stelle der abgelehnten Theorie vom Titulus und Modus ihren dinglichen Vertrag (Bd. 3 S. 159 ff.). Die Uebertragung des Eigenthums, sowie jede Begründung eines Rechts am Grundstücke durch Rechtsgeschäft kann nur durch dinglichen Vertrag erfolgen. Sein Wesen besteht darin, daß er eine Abstraction des Begründungswillens zum Ausdruck bringt. Er „erfordert die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige, und die Annahme der Bewilligung von Seiten des anderen Theils" (§ 28 Abs. 2). Die Gültigkeit dieser gegenseitigen Erklärung, die abstract auf die Begründung des Rechts am Grundstücke gerichtet ist, ist von der Gültigkeit des zu Grunde liegenden Geschäfts, des Titels im preußisch-rechtlichen Sinne, unabhängig. Ein solcher Titel kann ganz fehlen, er kann ungültig sein, die Vertragschließenden können über den Inhalt des Titels verschiedener Meinung sein, der eine kann ihn für Kauf, der andere für Schenkung halten — Alles dies ist gleichgültig (§ 829 Abs. 1). Es kommt nur darauf an, daß die Contrahenten das dingliche Recht begründen wollten, nicht darauf, aus welchem Rechtsgeschäft heraus sie es begründen wollten. Letzteres wirkt nur als Motiv, als die den abstracten Willen hervortreibende Kraft, auf welche es, wenn dieser Wille vorhanden und geäußert ist, nicht weiter ankommt. „Der dingliche Vertrag ist unabhängig von den obligatorischen Beziehungen der Contrahenten zu einander" (Mot. Bd. 3 S. 187).

Diese Theorie ist nun consequent durchgeführt. Der dingliche Vertrag ist bei jedem vom Entwurfe als dinglich anerkannten Rechte construirt, und in allen diesen Fällen ist dafür Sorge getragen, daß die Abstractheit der auf die Begründung des dinglichen Rechts gerichteten Erklärung in ihrer Unabhängigkeit von der causa hervortritt (z. B. §§ 868, 874, 962, 983).

Digitized by Google

Damit übereinstimmend ist auch im Obligationenrecht da, wo der die Rechtswirkung hervorbringende Wille sich nur als die Ausführung einer causa darstellt, der dingliche Vertrag, der richtiger ein abstracter Vertrag genannt werden sollte, anerkannt. So beim Erlaß (§ 290 Abs. 2) und bei der Cession (§ 294 Abs. 2); auch hier kommt es nur darauf an, daß erlassen, und daß abgetreten werden sollte, mag der Wille hierzu aus diesem oder jenem Grunde hervorgetrieben worden sein.

Man sieht: es ist ein geschlossenes, in sich consequentes System, welches die in der heutigen Wissenschaft als richtig anerkannte Lehre durchführt, daß in solchen Fällen der rechtserzeugende Wille zwar in den obligatorischen Beziehungen der Parteien seine Wurzel findet, daß er aber, einmal entstanden und in rechtlicher Form geäußert, mit der Erfüllung der Obligation nicht identificirt werden darf.

Daß in dieses System die Dinglichkeit der Miethe und Pacht nicht hinein paßt, muß man anerkennen. Bei der Uebergabe in den Pacht- oder Miethbesitz kann von einem abstracten Willen in dem Sinne nicht die Rede sein, wie z. B. bei der Uebertragung zum Eigenthum aus einem Kaufvertrage. Der Wille eines Verkäufers, der aufläßt oder tradirt, ist in der That ein doppelter. Er will a) Eigenthum übertragen, um b) den Kaufvertrag zu erfüllen. Sein Gegencontrahent, der vielleicht der Meinung ist, daß er nicht kaufe, sondern daß ihm geschenkt werden solle, will a) Eigenthum erwerben, damit b) die Schenkung vollzogen werde. Auf Eigenthumsübertragung und Eigenthumserwerb ist also in der That der beiderseitige Wille gerichtet; auf diesen Punkt hat er sich von der causa abstrahirt, und in ihm trifft er zusammen.

Wie eine gleiche Construction bei Miethe und Pacht möglich sein sollte, ist nicht einzusehen. Wer das Grundstück dem Miether übergiebt, will nicht ein neues, von der causa begrifflich unterscheidbares Recht gründen; wer es in Pachtbesitz nimmt, will dies ebenso wenig. Es existirt überhaupt kein Recht und kein Rechtsbegriff, auf dessen Hervorbringung der beiderseitige Wille in Ausführung des obligatorischen Verhältnisses gerichtet sein könnte.

Man hat gesagt: so gut wie der Entwurf den Nießbrauch als dingliches Recht anerkannt habe, hätte er auch Miethe und Pacht als solches anerkennen können. Dem ist aber nicht so. Auch der Nießbrauch kann aus den verschiedensten Gründen constituirt werden; ihm kann ein entgeltliches, ein unentgeltliches Geschäft, ein Tausch, ein Kauf u. s. w. zu Grunde liegen. Der Miethe kann immer nur dieselbe causa zu Grunde

Digitized by Google

liegen, oder vielmehr: auch die durch Besitzeinräumung vollzogene Miethe ist identisch mit dem obligatorischen Verhältniß.

Es zeigt sich eben, daß der Unterschied kein gewillkürter, daß er ein in der Natur des Miethsrechts begründeter ist.

Aber mit dieser speculativen Betrachtung läßt sich die Sache nicht abmachen. Besteht einmal das Bedürfniß, die Miethe wie ein dingliches Recht wirken zu lassen, so mag es für die Theorie werthvoll sein, erkannt zu haben, daß dies eigentlich unrichtig ist, und daß es consequent anders sein müßte. Aber der Verkehr giebt sich damit nicht zufrieden; er fragt wenig darnach, ob das Nöhige in die juristische Construction paßt oder nicht. Immerhin muß man wissen, daß es sich um eine Ausnahme handelt, um einen Punkt, an dem die Theorie genöthigt wird, ihre Consequenz zu Gunsten realer Verhältnisse aufzugeben.

Hierzu bieten sich nur zwei Wege. Man kann entweder Miethe und Pacht ein obligatorisches Rechtsverhältniß bleiben lassen und ihm ausnahmsweise Wirkung gegen Dritte zuschreiben; oder man kann die Ausnahme darin finden, daß Miethe und Pacht durch Besitzeinräumung ein dingliches Recht wird und deshalb gegen Dritte wirksam ist. In beiden Fällen ist ein Riß in das System des Entwurfs unvermeidlich, und deshalb sollte man denjenigen der beiden Wege wählen, der der volksthümlichen Auffassung des Rechtsverhältnisses der zugänglichere ist.

Dies ist sicherlich der letzterwähnte. So wenig es sonst angebracht sein mag, mit der Verschiedenheit der Auffassung des deutschen und römischen Rechts zu operiren und eine Ausgestaltung unseres Civilrechts im Sinne deutscher Volksthümelei zu befürworten, so muß man doch zugeben, daß hier die Gegensätze klar und scharf einander gegenübertreten. Läßt sich nun die juristische Consequenz den heutigen Verhältnissen gegenüber ohnedies nicht aufrecht erhalten, so liegt kein Grund vor, sich nicht der volksthümlichen Auffassung anzuschließen.

Sie ist auch vielleicht die für das System erträglichere. Die Anomalie, ein persönliches Recht gegen Dritte wirken zu lassen, weil die Uebergabe hinzugetreten ist, es aber ohne Uebergabe gegen Dritte selbst dann nicht wirken zu lassen, wenn der Dritte bei seinem Erwerbe das Bestehen des Miethsvertrages gekannt hat, ist vielleicht noch größer, als die andere, ausnahmsweise die Begründung eines dinglichen Rechts ohne dinglichen Vertrag anzuerkennen. Aber, wenn man auch hierüber anders denken sollte, so hat doch die letztere Auffassung jedenfalls das für sich, daß sie die im Volksbewußtsein wurzelnde, die dem deutschen Recht eigenthümliche ist. Man darf dann wenigstens sagen, daß das Civilgesetz-

Digitized by Google

buch keine neue künstliche Theorie erfunden hat, sondern daß es an dem einen Punkte der einheimischen Rechtsauffassung zu Gunsten des Verkehrs gewichen ist.

Freilich wird damit noch eine zweite Anomalie in das Gesetz hineingetragen, nämlich die, ein dingliches Recht am Grundstück ohne Eintragung bestehen zu lassen.

Der Entwurf hat, wie bereits angedeutet, den Grundsatz, daß möglichst alle Rechtsbeziehungen am Grundstück aus dem Grundbuche erkennbar sein sollen, festgehalten und ihn für alle durch Rechtsgeschäft begründeten Rechte durchgeführt. Die Ausnahmen, die für gemeine Lasten, Liedlohn, Abgaben und ähnliche Verhältnisse zugelassen werden müssen, stehen rechtlich und wirthschaftlich unter einem anderen Gesichtspunkte und kommen kaum in Betracht. Von ihnen abgesehen statuirt der Entwurf keine Ausnahme; er sichert damit dem Realcredit eine feste Basis und dem Grundbuch diejenige Bedeutung, die ihm für den Verkehr zukommt. Wer sich in Rechtsbeziehungen auf das Grundstück einlassen will, darf sicher sein, daß er Rechte, die das Grundbuch nicht ergiebt, nicht anzuerkennen braucht.

Wenn daneben Pacht und Miethe schon durch Uebergabe zum dinglichen Recht werden und als solches wirksam sein soll, so ist ersichtlich, daß das System durchbrochen wird. Der Ausweg, die Eintragung auch für Pacht und Miethe vorzuschreiben und nur für das eingetragene Recht den Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" gelten zu lassen, wäre unseres Erachtens der unpraktischste. Denn entweder würde sich hieraus eine Ueberlastung der Grundbücher ergeben, die mit der Zeit die Uebersichtlichkeit und Brauchbarkeit des Grundbuchblattes in Frage stellen müßte; oder es würde — was wahrscheinlicher ist — der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" nur im Gesetzbuche stehen, und wenn er sich in der Praxis wirksam zeigen sollte, würde es an der nothwendigen Eintragung fehlen. Denn darüber darf man sich nicht täuschen, daß durch die Kosten und Weitläufigkeiten einer Anmeldung zum Grundbuch der ganze Satz für das bürgerliche Leben unbrauchbar wird. Vielleicht würde das Publicum mit der Zeit durch Schaden klug werden, — dann würde eben die andere ebenso unerwünschte Folge eintreten. Eine solche Fußangel darf man, wenn man sich erst für die Annahme des Satzes schlüssig gemacht hat, dem Verkehr nicht legen.

Und womit wäre sie auch zu begründen? Doch nur mit dem Grunde, der eigentlich kein Grund ist, daß die Consequenz des Systems aufrecht erhalten werden soll. Denn ein Bedürfniß, die Eintragung zu

Digitized by Google

fordern, besteht nicht, — oder vielmehr: es besteht nach einer anderen Richtung hin.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß der freihändige Käufer sich nach der Natur der Sache in einer günstigeren Position befindet, wenn er sich über die Rechtsverhältnisse am Grundstück informiren will, als der Käufer in der Subhastation. Für jenen genügt, wenn er vorsichtig ist, die Erkennbarkeit der bestehenden Rechte, und diese ist gegeben, wenn Miether und Pächter im Grundstücke sitzen. Es hat sich auch nach dieser Richtung hin kein Bedürfniß geltend gemacht, und es hieße die Publicität des Grundbuchs unnöthig anspannen, wenn man im Interesse des freihändigen Käufers die Eintragung von Miethe und Pacht fordern wollte.

Anders steht die Sache für die Hypothekengläubiger. Wollte man auch noch dem ursprünglichen Hypothekennehmer gegenüber dieselbe Erwägung gelten lassen, wie gegenüber dem freihändigen Käufer, d. h. wollte man ihn für verpflichtet erachten, sich selbst außerhalb des Grundbuchs die nöthige Information über etwa bestehende Pacht- und Miethverträge zu beschaffen, so kommt doch entscheidend in Betracht, daß die Hypothek zugleich ein Verkehrsmittel ist, und daß die Gesetzgebung allen Grund hat, möglichste Sicherheit im Erwerbe bestehender Hypotheken zu gewährleisten. Wie sehr in dieser Hinsicht der Hypothekenverkehr erschwert würde, wenn man jeden Erwerber auf Treu und Glauben seines Cedenten verweisen oder ihm eine persönliche Information über die Rechtsverhältnisse am Grundstück zumuthen wollte, braucht nur angedeutet zu werden.

Hier besteht das Bedürfniß, eine untrügliche Erkenntnißquelle zu haben, und diese kann nur das Grundbuch sein. Mieth- und Pachtrechte, die in diesem nicht eingetragen sind, hat der Hypothekengläubiger nicht zu respectiren; sie bestehen so lange, als sie sich mit seinem Rechte nicht in Widerspruch setzen. Tritt der Collisionsfall ein, so müssen sie weichen, weil sie nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gegründet sind. Sie müssen also namentlich weichen, wenn der Hypothekengläubiger sein Recht durch Zwangsversteigerung realisirt. Nur das eingetragene Mieth- und Pachtrecht steht auch bei der Zwangsversteigerung in der Reihe der zu beachtenden dinglichen Rechte. Denn wer bestehende Pacht- und Miethrechte aus dem Grundbuch erkennen konnte, darf sich nicht beschweren, wenn sein Recht, als das später gegründete, dieselben nicht zu überwinden vermag.

Digitized by Google

So ist auf der einen Seite für die Sicherheit des Realcredits genügend gesorgt, und auf der anderen Seite dem Miether und Pächter doch eine Möglichkeit geboten, sich in der Subhastation zu behaupten. Der Widerstreit der Interessen ist nach dem Grundsatze von der besseren, dem älteren Recht innewohnenden Berechtigung und unter Wahrung der dem Grundbuche zukommenden publica fides geschlichtet. Es ist auch nicht zu fürchten, daß aus der Nothwendigkeit der Eintragung mit dieser beschränkten Wirkung eine Ueberlastung des Grundbuchs hervorgehen werde. Denn für den Hauptfall, nämlich für die freiwillige Veräußerung, bedarf es der Eintragung nicht; sie wird nur da nachgesucht werden, wo vitale Interessen des Miethers oder Pächters auf dem Spiele stehen, oder wo sonst besondere Verhältnisse es nothwendig machen, für den Fall einer Subhastation gesichert zu sein. Gerade dies aber ist das Ziel, welches erreicht werden soll. Es scheint also in der That, daß sich auf diesem Wege ein nach allen Richtungen hin befriedigendes Ergebniß gewinnen läßt, — nur muß man bereit sein, die Consequenz des Systems dranzugeben.

Zweiter Abschnitt.

Sucht man nun von diesem Standpunkte aus sich die Einzelheiten zu vergegenwärtigen, um ein klares Bild darüber zu haben, zu welcher Ausgestaltung das vorentwickelte Princip in der Praxis führen würde, so lassen sich die hierbei hervortretenden Punkte in solche scheiden, die — mehr formeller Natur — das Verfahren betreffen, und in solche, von deren Regelung das materielle Rechtsverhältniß zwischen Pächter bezw. Miether und dem Ersteher abhängig ist.

Auf die ersteren soll zunächst eingegangen werden.

I.

1. Entsprechend dem Consensprincip, von welchem der Entwurf für die Eintragung einer jeden Belastung des Grundstücks ausgeht, ist auch für Miethe und Pacht die Eintragung nur dann für zulässig zu erachten, wenn sie von dem eingetragenen Eigenthümer in gehöriger Form bewilligt worden ist. Die diesbezüglichen Vorschriften sind nach der dem § 828 des Entwurfes beigefügten Note der künftigen Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vorbehalten; sie sind aber in ihren Grundzügen von den Motiven (Bd. 3 S. 177—187) erörtert und können ohne Weiteres auch für die Eintragung des Mieth- und Pachtrechts zur Anwendung gebracht werden.

Digitized by Google

Insbesondere wird die — in Uebereinstimmung mit dem preußischen Recht — vom Entwurf empfohlene Vorschrift, daß die Eintragungsbewilligung entweder vor dem Grundbuchamte zu Protokoll erklärt oder in einer öffentlich beglaubigten Urkunde enthalten sein müsse, auch hier zu acceptiren sein. Ein Bedürfniß, etwa für Miethe und Pacht das Gegentheil vorzuschreiben, besteht keineswegs.

Dasselbe gilt von der in Aussicht genommenen Bestimmung, daß der Antrag auf Eintragung zurückzuweisen sei, wenn er unter einer Bedingung oder mit einem Vorbehalt gestellt ist. Dieselbe wird für Miethe und Pacht noch den besonderen Vortheil bieten, daß die Eintragungsbewilligung nicht von der vollzogenen Uebergabe abhängig gemacht werden darf. Andernfalls würde man dem Grundbuchamt eine Prüfung, ob die Uebergabe vollzogen worden ist, d. h. eine Einsicht des Miethvertrages zum Zwecke der Feststellung, ob in demselben die Uebergabe als geschehen bekannt ist, nicht ersparen können, und dies würde zu der Stellung, die für die Grundbuchämter und ihre Thätigkeit vorgesehen ist, wenig passen.

Zu empfehlen dagegen wäre eine den §§ 962 und 982 des Entwurfes (vgl. auch §§ 1048, 1054, 1064) nachzubildende Vorschrift, daß bei der Eintragung zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden darf; denn hier wird vielleicht noch mehr, als wie beim Nießbrauch und den Grunddienstbarkeiten, auf eine Erleichterung für die Grundbuchführung Bedacht zu nehmen sein.

Zur Löschung ist in allen Fällen die Bewilligung des eingetragenen Miethers oder Pächters zu erfordern, die wiederum vor dem Grundbuchamte erklärt oder in öffentlicher Urkunde niedergelegt sein muß. Eine Regelung in dem Sinne, daß das Recht nach Ablauf der im Vertrage bestimmten Zeit auf Antrag des Eigenthümers zu löschen wäre, ist unthunlich, weil die stillschweigende Verlängerung des Miethverhältnisses, die auch der Entwurf (§ 524) anerkennt, in Betracht zu ziehen ist.

2. Ist das Pacht- oder Miethrecht nicht eingetragen, so ist es im Zwangsversteigerungsverfahren überhaupt nicht zu berücksichtigen. Ausgeschlossen bleibt namentlich jede Wirkung einer Anmeldung bestehender Mieth- und Pachtrechte, mögen dieselben glaubhaft gemacht werden oder nicht.

Hier könnte es sich aber fragen, ob, da diese Nichtberücksichtigung lediglich eine Folge der Collision der hypothekarischen Rechte mit dem Mangels der Eintragung schwächeren Mieth- und Pachtrechte ist, auch

Digitized by Google

dasjenige Zwangsversteigerungsverfahren lösend auf die vorhandenen Mieth- und Pachtrechte wirken soll, welches nicht von einem Hypothekengläubiger, sondern von einem persönlichen Gläubiger des Grundstückseigenthümers betrieben wird. Die juristische Consequenz würde für Verneinung dieser Frage sprechen; aus praktischen Gründen aber ist sie zu bejahen.

Es würde sich nicht empfehlen, dasselbe Verfahren mit verschiedenen Wirkungen auszustatten, je nachdem dasselbe von einem persönlichen oder dinglichen Gläubiger betrieben wird. Dergleichen Unterschiede, durch welche die Einfachheit der praktischen Handhabung gefährdet wird, und durch welche an die Aufmerksamkeit der Interessenten immer höhere Ansprüche gestellt werden, mögen begründet sein, wo der Zweck des Verfahrens ein verschiedener ist, wie bei der Subhastation zum Zwecke der Zwangsvollstreckung im Gegensatze zu der auf Antrag eines Miteigenthümers betriebenen; wo aber der Zweck des Verfahrens derselbe bleibt, sollte man auch seine Wirkungen möglichst übereinstimmend gestalten. Man vermeidet damit Verwickelungen, die sich einstellen können, wenn mehrere betreibende Gläubiger vorhanden sind, die theils persönliche, theils Hypothekengläubiger sein können. Treten von diesen — vielleicht erst im Bietungstermine — die dinglichen Gläubiger zurück, so würde das Verfahren mit anderen Wirkungen weitergehen, als sie demselben bis dahin beizuschreiben waren, — und ebenso, wenn umgekehrt der Subhastation noch in einem vorgeschrittenen Stadium dinglich Berechtigte beitreten. Es würde sich kaum vermeiden lassen, aus ähnlichen Erwägungen, wie sie dem § 47 Abs. 2 des preuß. Ges. vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, zu Grunde liegen, besondere Procedurvorschriften zu treffen, um eine Ueberraschung der an diesen verschiedenen Wirkungen der Subhastation Betheiligten zu vermeiden. Damit würde das Verfahren immer schwerfälliger. Diese Complication läßt sich ohnehin, wie später zu zeigen sein wird (unter Nr. 8), nicht vermeiden, wenn das Miethrecht eingetragen ist, und das Verfahren von dinglich Berechtigten betrieben wird. Sie ist aber im Interesse der Einfachheit des Verfahrens auf diesen Fall zu beschränken.

Und wie sollte es ferner gehalten werden, wenn das nicht eingetragene Miethrecht älter ist, als die persönliche Forderung des betreibenden Gläubigers? Müßte nicht auch zwischen ihnen die Priorität entscheiden, wenn man die Löslichkeit des Miethrechts nicht als Folge der Subhastation eintreten läßt, sondern sie von der Frage abhängig macht,

Digitized by Google

ob der betreibende Gläubiger ein persönlicher oder ein dinglicher ist? Und wenn hierzu die Consequenz führt, wie soll ein Streit darüber, welches der beiden Rechte älter ist, innerhalb des Subhastationsverfahrens entschieden werden? Man könnte dasselbe doch kaum weitergehen lassen, ohne Gewißheit darüber, ob der Ersteher berechtigt sein soll, zu kündigen oder nicht.

Der betreibende Gläubiger hätte freilich den Ausweg, auf Grund seines vollstreckbaren Titels die Forderung eintragen zu lassen. Nach dem Entwurfe kann er zwar nicht — wie bisher — die Eintragung einer gewöhnlichen Hypothek, wohl aber (§ 1130) die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen, die nach gewissen Richtungen hin in ihren Wirkungen beschränkt ist, ihm aber volle dingliche Sicherheit für seine Forderung gewährt (Motive Bd. 3 S. 624). Betreibt er dann auf Grund seines vollstreckbaren Titels die Subhastation desjenigen Grundstücks, auf welchem zugleich die Sicherungshypothek haftet, so würde man wohl annehmen müssen, daß er auch mit der Sicherungshypothek das nichteingetragene Miethrecht ausschließt. Aber wozu diesen Umweg wählen, der Umstände und Kosten verursacht, den zu beschreiten man den betreibenden Gläubiger nicht zwingen kann, und der, wenn ihn der Gläubiger beschreitet, doch schließlich dahin führt, daß der Miether und Pächter das Nachsehen hat?

Alle diese Erwägungen sprechen dafür, daß ohne Rücksichtnahme darauf, wer als betreibender Gläubiger auftritt, der Subhastation stets dieselbe Wirkung gegen uneingetragene Pacht- und Miethrechte beizulegen ist, nämlich die Wirkung, daß letztere nicht berücksichtigt werden, und daß der Ersteher in allen Fällen zu ihrer Kündigung berechtigt wird.

3. Die Befugniß zur Kündigung tritt für den Ersteher als gesetzliche Folge des Zuschlages ein. Ein darauf zielender Vorbehalt ist in das Zuschlagsurtheil nicht aufzunehmen.

Für letzteres und für das ganze Zwangsversteigerungsverfahren kommen nicht eingetragene Mieth- und Pachtrechte überhaupt nur in Betracht, wenn abweichend von der gesetzlichen Folge die Kündigungsbefugniß des Erstehers ausgeschlossen werden soll. Dies kann im Wege besonderer Kaufbedingung geschehen, wenn diejenigen Subhastationsinteressenten, deren Rechte durch die Abweichung von der gesetzlichen Folge berührt werden, derselben zustimmen. Zu fragen bliebe hier nur, ob es auch der Zustimmung des Grundeigenthümers und des Miethers bezw. Pächters bedürfen soll? Beides ist zu verneinen.

Digitized by Google

Für den Pächter oder Miether soll die Subhastation kein Mittel sein, um aus einem ihm lästigen Vertrage herauszukommen. Dieser Grundsatz ist nicht bloß dafür maßgebend, ihm eine selbständige Kündigungsbefugniß nicht zuzugestehen, sondern er führt auch dazu, seine Zustimmung nicht zu erfordern, wenn das Grundstück unter Zustimmung der betheiligten Realinteressenten mit der Maßgabe verkauft werden soll, daß der Ersteher in die bestehenden Mieth- und Pachtverträge eintritt.

Ebenso wenig bedarf es der Zustimmung des Subhastaten. Denn die Bestimmung, daß der Verkauf in der Zwangsversteigerung die bestehenden Mieth- und Pachtrechte, soweit sie nicht eingetragen sind, lösen kann, ist lediglich zum Schutze der Realinteressenten gegeben. Erachten es diese als mehr in ihrem Interesse liegend, von dieser Bestimmung ausnahmsweise keinen Gebrauch zu machen, so kann nicht der Grundstückseigenthümer, auf dessen Schutz die ganze Vorschrift nicht abzielt, diesem Beschlusse widersprechen. Daraus, daß sein Interesse möglicherweise ein entgegengesetztes ist, läßt sich ein Gegenargument nicht herleiten. Denn im Collisionsfalle muß, wie oben bemerkt worden, sein Interesse als das schwächere dem der Realgläubiger weichen. Es kommt hinzu, daß regelmäßig der Grundstückseigenthümer aus dem Miethvertrage auch persönlich verhaftet sein wird; denn entweder ist er der Vermiether selbst, oder er ist an dessen Stelle als neuer Eigenthümer in den Miethvertrag eingetreten. Für ihn erfordert es also die Vertragstreue, einer Regelung des Verkaufs nicht entgegenzuwirken, durch welche das Fortbestehen des Vertrages gesichert wird.

Wer im Uebrigen der besonderen, von der gesetzlichen Vorschrift abweichenden Kaufbedingung zuzustimmen haben wird, hängt davon ab, wie man in der zu erwartenden Reichs-Subhastationsordnung das Verfahren construirt hat. Wenn dies nach denselben Grundsätzen geschehen ist, welche in dem preußischen Zwangsvollstreckungsgesetze vom 13. Juli 1883 Anerkennung gefunden haben, so müßte die Zustimmung des betreibenden Gläubigers und aller ihm gleich- oder nachstehenden Realberechtigten gefordert werden.

Daß die Bedingung, wenn sie gestellt und unter ihr zugeschlagen ist, im verfügenden Theil des Zuschlagsurtheils ausdrücklich hervorgehoben werden muß, ist keine Besonderheit. Dies gilt von allen Kaufbedingungen, die von den gesetzlichen abweichen.

4. Zur Kündigung der nicht eingetragenen Mieth- und Pachtrechte befugt ist nur der Ersteher, nicht die Realgläubiger; letztere weder in ihrer Gesammtheit, noch der einzelne Gläubiger für sich.

Digitized by Google

Die Gründe hierfür sind bereits oben erörtert: der Ersteher soll freie Hand behalten und nicht gezwungen sein, bei einer Auflösung des Vertrages stehen zu bleiben, die nicht aus seiner Entschließung hervorgegangen ist.

Es liegt nahe, dagegen geltend zu machen, daß es Sache der verkaufenden Gläubiger sei, diejenigen Bedingungen zu bestimmen, unter welchen sie verkaufen wollen, und daß, wenn diese Bedingungen dem Bietungslustigen nicht passen, letzterer nicht gezwungen sei, den Kauf abzuschließen. So richtig dies ist, so wäre es doch unpraktisch, dieser Erwägung zu folgen. Es würde daraus weder für die Hypothekengläubiger, noch für den Ersteher, noch für den Miether und Pächter ein Vortheil herauskommen.

Für die Hypothekengläubiger nicht, denn wenn dem Ersteher der Miethvertrag lästig ist, soll er ja ohnehin zur Kündigung desselben befugt sein; eine günstigere Position können die Realberechtigten für ihren Abkäufer nicht verlangen. Für den Ersteher nicht, denn möglicher Weise will er nach genauerer Kenntniß oder nach nochmaliger Erwägung der einschlägigen Verhältnisse es bei den bestehenden Verträgen belassen und wird nun hieran durch die bereits geschehene Kündigung behindert. Für den Miether und Pächter nicht, denn sein Interesse kann immer nur darauf gerichtet sein, im Besitze seines Rechts zu bleiben, — wenigstens würde ein entgegengesetztes Interesse keine Berücksichtigung verdienen.

Man darf auch nicht mit nur einem Bietungslustigen rechnen. Was dem einen erwünscht ist, kann dem andern unerwünscht sein; will man also den Kreis der Bieter möglichst weit halten, so muß man die Ausbietung so einrichten, daß Kauflustige mit den verschiedensten Interessen sich an ihr betheiligen können.

Die Frage ist aber noch von einer anderen Seite aus zu betrachten.

Die Sache kann so liegen, daß dem Ersteher zu einer Aufkündigung nicht mehr Zeit bleibt, und daß daher die Realgläubiger in ihrem eigenen Interesse — nämlich um nicht den Ersteher unnöthig lange an den Miethvertrag gebunden sein zu lassen — zur Kündigung schreiten wollen. Wenn man im Anschluß an § 522 Abs. 3 des Entwurfs davon ausgeht, daß die Kündigung des Miethvertrages nur zum Ablaufe der am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. October beginnenden Kalendervierteljahre zulässig ist, und daß sie vor Beginn desjenigen Vierteljahres erfolgen muß, mit dessen Ablauf das Miethverhältniß endigen soll, so würde, wenn der Zuschlag z. B. am 1. Juli ertheilt wird, der Ersteher nicht mehr in der Lage sein, zum Abzuge per 1. October zu kündigen;

Digitized by Google

er würde den Miether bis zum 1. Januar des künftigen Jahres dulden müssen. Die Hypothekengläubiger können in solchen Fällen ein Interesse daran haben, schon vorher zu kündigen und dadurch dem Ersteher fundum liberum in möglichst kurzer Zeit — im vorstehenden Falle vom 1. October desselben Jahres ab — zu gewähren. Noch deutlicher tritt dies bei der Landgüterpacht hervor, bei welcher nach § 537 Abs. 2 des Entwurfs die Kündigung nur zum Ende eines Pachtjahres zulässig ist, und die Kündigungsfrist sechs Monate betragen soll.

Aber auf der anderen Seite darf man doch über die Lage, in welche der Miether und Pächter durch eine schon im Laufe des Verfahrens zulässige Kündigung kommt, nicht so vollständig hinweggehen.

Ihm gegenüber kann die Wirksamkeit der Kündigung nicht davon abhängig gemacht werden, ob hinterher der Zuschlag ertheilt wird. Wollte man die Kündigung unter dieser Bedingung verstehen, so würde der Miether und Pächter, wenn ihm die Kündigung vielleicht bald nach Einleitung der Subhastation zugeht, überhaupt nicht wissen, wie er sich aus der Sache ziehen soll. Anderweitig pachten oder miethen könnte er nicht, weil es noch ungewiß ist, ob er wird abziehen dürfen; und mit Sicherheit darauf rechnen, daß er in dem Grundstück bleiben werde, könnte er auch nicht, weil ihm bedingungsweise gekündigt ist. Miethet oder pachtet er anderweitig, und der Zuschlag wird dann nicht ertheilt, so ist er doppelt gebunden; und miethet oder pachtet er anderweitig nicht, und der Zuschlag wird ertheilt, so hat er kein Unterkommen, und die ihm günstigen Gelegenheiten sind vielleicht vorübergegangen.

Will man aber umgekehrt die Kündigung, die im Laufe des Verfahrens erfolgt, schlechthin wirksam sein lassen, mag es hinterher zum Zuschlage kommen oder nicht, so ist dies nicht minder unbillig. Man zwingt den Miether oder Pächter aus dem Vertragsverhältniß heraus, obwohl noch gar nicht feststeht, daß der Verkauf erfolgen wird. Wird nachträglich der Extrahent befriedigt oder der Subhastationsantrag zurückgenommen, oder wird kein ausreichendes Gebot abgegeben, oder kommt es aus anderen Gründen nicht zum Zuschlage, so ist die Lösung des Vertragsverhältnisses zwecklos geschehen. Inzwischen kann der Miether oder Pächter sich anderweitig gebunden haben, so daß es ihm nicht einmal helfen würde, wenn man ihn für solche Fälle für berechtigt erachten wollte, die Kündigung seinerseits aufzuheben. Und solche Fälle werden nicht selten sein. Denn erstens ist es durchaus nichts Außergewöhnliches, daß die Subhastation als letztes Druckmittel gebraucht wird, und daß es dem Schuldner mit Anspannung aller finanziellen Hilfs-

Digitized by Google

mittel schließlich doch noch gelingt, den Gläubiger zu befriedigen oder wenigstens eine Zurücknahme des Subhastationsantrages zu erzielen; und zweitens wird sich ein vorsichtiger Miether und ein Pächter, dem es um seine Existenz zu thun ist, nicht darauf verlassen, daß sich die Kündigung möglicher Weise behebt. Er wird sich rechtzeitig nach einem anderen Unterkommen umsehen, und die Folge, daß das Vertragsverhältniß zwecklos gelöst worden ist, wird also häufig genug eintreten.

Diesen Erwägungen gegenüber scheint das Interesse, welches die Hypothekengläubiger an einer rechtzeitigen Kündigung der bestehenden Pacht- und Miethverträge haben können, nicht so dringend, daß man ihnen ein Kündigungsrecht schon vor Ertheilung des Zuschlags beilegen müßte. Daß es aber nach Ertheilung des Zuschlags nur der Adjudicatar haben kann, wird Niemand bezweifeln.

Man könnte bei dieser Ausführung wohl fragen, warum denn im preußischen Recht, welches doch auch die Realberechtigten schon vor dem Zuschlage zur Kündigung für befugt erachtet, Mißstände der eben gerügten Art nicht hervorgetreten seien? Es erklärt sich dies wohl daraus, daß die Hypothekengläubiger von der ihnen eingeräumten Kündigungsbefugniß nur selten Gebrauch gemacht haben, und dies ist ein neuer Beweis dafür, daß ein praktisches Bedürfniß für dieselbe nicht besteht.

Will man trotzdem die Fälle, in denen der Zuschlag gerade kurz nach Ablauf der Kündigungsmöglichkeit oder am letzten Tage derselben ertheilt wird, besonders berücksichtigen, so wäre es immer noch mehr zu empfehlen, die Kündigungsbefugniß des Adjudicatars für solche Fälle auf einige Tage zu erweitern, als den Miether oder Pächter in die oben besprochene Lage zu bringen, in welche ihn eine im Laufe des ganzen Verfahrens zulässige Kündigung versetzen müßte.

Man könnte für solche Fälle auch an eine Regelung in dem Sinne denken, daß eine Kündigung von Seiten der Realgläubiger nur im Bietungstermine für zulässig erklärt wird, und zwar mit der Wirkung, daß sie nur gilt, wenn der Zuschlag ertheilt wird, und daß der Ersteher berechtigt bleibt, sie binnen 24 Stunden nach ertheiltem Zuschlage zu widerrufen. Dies würde wenigstens den Vortheil haben, daß die Ungewißheit des Zustandes für den Miether oder Pächter auf ein erträgliches Minimum herabgesetzt würde; denn regelmäßig erfolgt die Entscheidung über den Zuschlag unmittelbar nach Beendigung des Bietungstermins oder in kürzester Frist nach demselben, und hierauf ließe sich durch eine geeignete Procedurvorschrift in dem zu erwartenden Zwangsvollstreckungsgesetze nöthigenfalls hinwirken..

Digitized by Google

Aber unseres Erachtens besteht ein Bedürfniß, hier im Interesse des Realcredits einzugreifen, überhaupt nicht. Es genügt, wenn dem Adjudicatar die gesetzliche Kündigungsbefugniß beigelegt wird. Jede Construction, die darüber hinaus auch ein Kündigungsrecht der Realgläubiger aufstellen will, ist gekünstelt oder für den Miether und Pächter von unnöthiger Härte.

5. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Kündigung ist hiernach in allen Fällen die Ertheilung des Zuschlags. Mit dessen Verkündigung wird der Ersteher Eigenthümer, und von diesem Moment ab ist er berechtigt, die Kündigung auszusprechen.

Freilich unterliegt der Zuschlag noch einer Anfechtung durch Rechtsmittel, und es wird auch der künftigen Subhastationsordnung nicht möglich sein, eine solche auszuschließen. Aber es wäre nicht rathsam, die Rechtskraft des Zuschlagsbescheides als Bedingung für die Zulässigkeit der Kündigung vorzuschreiben. Selbst bei einer möglichst kurz gegriffenen Rechtsmittelfrist sind Fälle denkbar, in denen sich der Eintritt der Rechtskraft verzögert. Hierbei wird freilich alles darauf ankommen, wie in dem künftigen Zwangsvollstreckungsgesetz das Rechtsmittel gegen den Zuschlag gestaltet ist. Wenn dies in Anlehnung an die preußisch-rechtlichen Vorschriften geschehen sein sollte, so wäre z. B. auf die Bestimmung in §§ 90, 85 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 hinzuweisen, wonach die Rechtsmittelfrist denjenigen Interessenten gegenüber, welche im Bietungstermin nicht erschienen sind, erst von der Zustellung des Urtheils ab zu laufen beginnt. Wird diese Zustellung verzögert — und dazu kann es vielerlei Gründe ohne jedes Verschulden der betheiligten Behörden geben — so rückt die Rechtskraft des Zuschlagsurtheils und mit ihr der Beginn der Kündigungsbefugniß des Erstehers immer weiter hinaus. Mit welchem Tage sie eingetreten ist, würde der Ersteher und der Miether kaum mit Sicherheit in Erfahrung bringen, sie müßten denn sorgsam die Acten durchsehen, oder man müßte den Subhastationsrichter verpflichten, ihnen den Eintritt der Rechtskraft mitzutheilen. Dazu wird man sich schwerlich entschließen.

Und wie sollte es gehalten werden, wenn das Rechtsmittel eingelegt ist? Offenbar müßte der Ersteher den Erfolg abwarten, bevor er kündigen darf. Dadurch wäre es möglich, wenigstens eine Zeit lang seine Kündigungsbefugniß zu hintertreiben.

So wird das ganze Verhältniß ungewiß und schwankend.

Nimmt man dagegen die Verkündung des Zuschlagsurtheils als den entscheidenden Moment, so ist ein sicherer und unverrückbarer Zeit-

Digitized by Google

punkt gegeben. Freilich ist es möglich, daß das Zuschlagsurtheil hinterher aufgehoben wird, und der Miether ist dann zu Unrecht aus seinem Vertragsverhältniß herausgenöthigt worden. Aber dergleichen Fälle sind selten; sie sind im Vergleich zu den Unzuträglichkeiten, welche entstehen würden, wenn der Ersteher in jedem Falle die Rechtskraft des Zuschlagsurtheils abwarten müßte, das kleinere Uebel und müssen als solches ertragen werden.

6. Die Kündigungsfrist ist die gesetzliche. Sie beträgt also — unabhängig von abweichenden Bestimmungen des Mieth- oder Pachtvertrages — bei Miethungen im Anschluß an § 522 des Entwurfs in der Regel 3 Monate, bei Pachtungen im Anschluß an § 537 6 Monate. Die Kündigung ist ersterenfalls nur zum Ablaufe der in § 522 Abs. 2 genannten Kalendervierteljahre zulässig und muß vor Beginn desjenigen Vierteljahres erfolgen, mit dessen Ablauf das Miethverhältniß endigen soll. Bei der Pacht ist sie nur zum Ende eines Pachtjahres nach näherer Bestimmung des § 537 Abs. 2 zulässig.

Einer besonderen Rechtfertigung für diese Regelung wird es nicht bedürfen.

Abzulehnen ist eine dem § 354 Tit. 21 Thl. I A.L.R. entsprechende Vorschrift, wonach der Miether, wenn ihm gekündigt worden ist, berechtigt sein soll, schon mit dem Ablaufe desjenigen Quartals, in welchem der Zuschlag erfolgt ist, abzuziehen, auch wenn zu dieser Zeit die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen sein sollte. Sie hängt zum Theil mit dem Kündigungsrecht der Realberechtigten zusammen, dessen Anerkennung nach dem oben Erörterten nicht befürwortet werden kann. Wird die Vorschrift auch auf die Fälle angewendet, in denen seitens des Erstehers gekündigt worden ist, so kann sie nur dazu dienen, diesem das gesetzliche Kündigungsrecht zu verkümmern. Denn der Ersteher ist dann immer der Gefahr ausgesetzt, daß auf seine Kündigung der Miether mit einer Gegenkündigung zum Ende des noch laufenden Quartals antwortet. Dies ist gegen den Ersteher unbillig. Denn ist dieser verpflichtet, dem Miether, mit dem er in keinem Vertragsverhältnisse steht, die gesetzliche Räumungsfrist unverkürzt zu belassen, so sollte auch der Miether nicht für berechtigt erachtet werden, ohne Einhaltung derselben aus dem Vertrage herauszugehen. Jedenfalls besteht kein Bedürfniß, diese singuläre Bestimmung aufrecht zu erhalten.

7. Das eingetragene Mieth- und Pachtrecht ist in der Subhastation wie jedes andere dingliche Recht zu berücksichtigen.

Digitized by Google

Dies gilt nicht bloß bezüglich seiner Fähigkeit, den Zuschlag zu überdauern, sondern auch bezüglich der Rechtsstellung des Miethers oder Pächters im Laufe des ganzen Verfahrens. Er muß dieselben Befugnisse für sich in Anspruch nehmen dürfen, welche das Gesetz den eingetragenen Realberechtigten im Zwangsversteigerungsverfahren überhaupt zuerkennt. Hierauf ist zwar des Näheren hier nicht einzugehen, aber in einzelnen Beziehungen ergiebt sich doch, daß man diese Gleichstellung des Miethers mit den anderen dinglich Berechtigten nicht entbehren kann.

Ist das eingetragene Mieth- und Pachtrecht älteren Datums als das Recht des betreibenden Gläubigers, — folglich auch in allen Fällen, in denen ein nur persönlicher Gläubiger die Subhastation betreibt, — so wird es von dem Verfahren überhaupt nicht berührt, und der Ersteher erlangt kein Kündigungsrecht. Es gehört dies zu den gesetzlichen Verkaufsbedingungen und braucht daher im Zuschlagsurtheil nicht besonders hervorgehoben zu werden.

Für die Priorität entscheidend ist die Eintragung im Grundbuche (§ 840 des Entwurfs). Entsteht in dieser Beziehung zwischen dem Extrahenten des Verfahrens und dem Miether bezw. Pächter Streit, behauptet ersterer, daß er die Priorität des Miethsrechts trotz der Eintragung nicht anzuerkennen brauche, oder glaubt er, daß er im Proceßwege das Nichtbestehen des Miethrechts nachweisen und seine Beseitigung im Grundbuche erzielen könne, so bleibt es ihm überlassen, diesen Rechtsstreit außerhalb der Subhastation mit dem Miether zu Ende zu bringen. Für die Versteigerung kann auf das Ergebniß des Processes nur dann Rücksicht genommen werden, wenn es bereits zur Zeit derselben in einer rechtskräftigen Entscheidung vorliegt.

Es verhält sich damit ähnlich, wie mit dem Bestreiten einer Hypothekenpost, welche nach der aus dem Grundbuch ersichtlichen Rangordnung in das geringste Gebot zu stehen kommt. Nur insofern ist die Lage des betreibenden Gläubigers dem Miethrechte gegenüber nicht dieselbe, als er seinen Widerspruch gegen eine ihm vorgehende Hypothek auch noch nach dem Zuschlage geltend machen kann. Dem Miethrechte gegenüber ist dies unthunlich. Es würde sich wenigstens nicht empfehlen, hier durch einen Vorbehalt im Zuschlagsurtheil dem betreibenden Gläubiger die Möglichkeit einer Anfechtung auch nach dem Zuschlage offen zu halten, etwa mit der Wirkung, daß der Ersteher, wenn der Gläubiger seinen Widerspruch im Proceßwege durchsetzt, mit der Rechtskraft dieser Entscheidung das Kündigungsrecht noch nachträglich erlangte. Eine solche Construction, die an sich möglich wäre, würde künstlich sein

Digitized by Google

und zu kaum absehbaren praktischen Schwierigkeiten führen. Sie hätte auch nur theoretischen Werth; denn thatsächlich würde sich kaum ein Bieter durch die Aussicht auf das Ergebniß eines ungewissen Processes für sein Gebot bestimmen lassen. Das Sachverhältniß ist auch insofern von dem Bestreiten einer vorhergehenden Hypothekenpost verschieden, als der Ersteher daran, wer im letzteren Streite obsiegt, kein Interesse hat, während er an dem Fortbestehen des Miethrechts der hauptsächlich Interessirte ist.

Deshalb müssen die maßgebenden Verhältnisse bis zur Ausbietung geklärt sein; hat es der betreibende Gläubiger unterlassen, bis dahin ein von ihm in der Priorität oder in der Existenz nicht anerkanntes Miethrecht wegzuschaffen, so kann nur nach Lage des Grundbuchs ausgeboten und zugeschlagen werden.

Dagegen ist eine Nichtberücksichtigung des eingetragenen Mieth- und Pachtrechts mit Zustimmung des Miethers oder Pächters zulässig. Die Folge kann zwar nicht die sein, daß hierdurch der Ersteher zu einer Entlassung des Miethers bezw. zur Annahme einer Kündigung des Miethvertrages seitens desselben genöthigt wird. Dies würde thatsächlich einem Kündigungsrechte der Realgläubiger gleichkommen und gegen den oben vertheidigten Satz verstoßen, daß die Entschließung über die an sich zulässige Aufhebung des Miethverhältnisses dem Ersteher vorbehalten bleiben müsse. Wohl aber würde durch die Zustimmung des Miethers bewirkt werden, daß der Ersteher das Kündigungsrecht so erlangt, wie wenn das Miethrecht nicht eingetragen wäre. Hiergegen könnte auch weder von einem anderen dinglich Berechtigten, noch von dem Grundstückseigenthümer Widerspruch erhoben werden; denn es muß dem Miether, wie jedem anderen dinglich Berechtigten, freistehen, einem Rechte zu entsagen, welches nur zu seinem Schutze gegründet ist.

Wäre umgekehrt ein zufolge der Eintragung im Grundbuche zu berücksichtigendes Miethrecht ohne Zustimmung des Miethers unberücksichtigt geblieben, d. h. wäre die Versteigerung mit der Bedingung geschehen, daß der Ersteher zur Kündigung berechtigt sein soll, so müßte man den Miether auf den Weg der Beschwerde gegen den Zuschlag verweisen. Er könnte auch in dieser Beziehung keine andere Stellung einnehmen, als die obigen Realinteressenten. Wie eine Verletzung der Rechte der letzteren durch die Rechtskraft des Zuschlagsbescheides dem Ersteher gegenüber unheilbar wird, so müßte dieselbe Rechtsfolge auch dem Miether gegenüber eintreten.

Digitized by Google

Geht das eingetragene Mieth- oder Pachtrecht in der Rangordnung dem betreibenden Gläubiger nach, so erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag das Kündigungsrecht in derselben Weise, wie wenn das Miethrecht überhaupt nicht eingetragen wäre. Auch dies ist eine gesetzliche Folge des Zuschlags und bedarf im Urtheil keiner besonderen Formulirung.

Man könnte dagegen sagen, daß, um Zweifel auszuschließen und um die Rechtsstellung des Erstehers dem Pächter und Miether gegenüber von vornherein klar zu präciſiren, es sich empfehlen würde, wenigstens in denjenigen Fällen das Kündigungsrecht des Erstehers im Zuschlagsurtheil ausdrücklich zu constatiren, in denen ein eingetragenes Miethrecht der Kündigung unterliegen soll. Aber je mehr Procedurvorschriften gegeben werden, die nur eine schon gesetzlich eintretende Folge als eingetreten feststellen sollen, desto näher liegt die Gefahr, daß eine derselben bei der praktischen Handhabung übersehen, und daß dadurch die Sache im concreten Falle erst recht zweifelhaft wird. Es liegt auch, wenn man annehmen darf, daß das künftige Zwangsversteigerungsverfahren sich im Wesentlichen dem preußischen Muster anschließen wird, zu einer derartigen Vorschrift kein Bedürfniß vor. Denn im Versteigerungstermine wird die Abschrift des Grundbuchblattes vorgelegt, die Gläubiger, wegen deren Forderungen das Verfahren fortgesetzt wird, werden benannt, die besonderen Realverhältnisse des Grundstückes werden bekannt gemacht, und endlich wird über die Kaufbedingungen verhandelt (§ 52 des Gesetzes vom 13. Juli 1883). Es kann also füglich darüber, ob das Grundstück mit eingetragenen Miethrechten belastet ist, und ob dieselben in der Rangordnung dem betreibenden Gläubiger nachstehen oder vorgehen, kein Bieter im Zweifel bleiben; — die gesetzliche Folge schließt sich von selbst an, wenn sie nicht durch besondere Kaufbedingungen ausgeschlossen wird.

Dagegen wird jedem in der Priorität nachstehenden eingetragenen Miether und Pächter die Befugniß zuzuerkennen sein, gleichzeitig mit dem Ausgebot des Grundstücks unter der gesetzlichen Bedingung die Ausbietung desselben unter Uebernahme seines dinglichen Rechts zu verlangen. Es folgt dies eben daraus, daß er, wie jeder andere dinglich Berechtigte, nur die ihm vorgehenden Rechte zu respectiren hat, und daß er daher einem Verkauf des Grundstücks widersprechen darf, bei welchem sein Recht nutzlos und nur zu Gunsten der ihm nachstehenden Berechtigten geopfert würde. Denn den Vortheil hätten sonst lediglich die dem Miethrecht nachstehenden Intereſſenten, und nur zu ihren Gunsten wäre der Miether aus seiner Rechtsstellung gedrängt worden.

Digitized by Google

Daß in einem solchen Falle das Zuschlagsurtheil darüber, daß der Ersteher eine Kündigungsbefugniß gegen das in der Rangordnung dem betreibenden Gläubiger nachstehende Miethrecht nicht erwerbe, Auskunft geben muß, ist wohl selbstverständlich.

Ist endlich das Grundstück unter Ausschluß der Kündigungsbefugniß ausgeboten und zugeschlagen worden, obwohl es nach der Sachlage ohne diesen Ausschluß hätte versteigert werden müssen, so ist wiederum der hierdurch benachtheiligte Interessent nur auf den Beschwerdeweg zu verweisen. Der Miether und Pächter gehört aber zu diesen Interessenten nicht. So wenig es seiner Zustimmung bedarf, wenn das Grundstück abweichend von der gesetzlichen Folge unter Zustimmung der Interessenten mit Uebernahme des Miethrechts verkauft werden soll (oben sub 3), so wenig ist ihm ein Beschwerderecht in diesem Falle gegeben. Denn sein Recht ist nicht verletzt worden.

8. Die verschiedene Einwirkung der Subhastation auf eingetragene Mieth- und Pachtrechte, je nachdem dieselben dem betreibenden Gläubiger in der Rangordnung nachstehen oder vorgehen, macht es nothwendig, auch den Fall ins Auge zu fassen, daß die Person des betreibenden Gläubigers wechselt.

Dies kann in doppelter Weise geschehen. Entweder es fällt bis zum Schlusse der Versteigerung der besser berechtigte betreibende Gläubiger fort, so daß also die Subhastation nur noch auf Instanz eines in der Rangordnung dem Pächter oder Miether nachstehenden Berechtigten fortgesetzt wird; oder es tritt ein besser berechtigter Gläubiger hinzu, der durch seinen Beitritt das bis dahin unkündbare Miethrecht dem künftigen Ersteher gegenüber zum kündbaren machen würde.

Für den ersteren Fall ist besondere Fürsorge nicht zu treffen. Interessirt an ihm sind von den Realberechtigten nur die dem Miether oder Pächter ohnehin nachstehenden Interessenten, und diese müssen eben als die schwächer Berechtigten die neue Gestaltung der Sachlage gegen sich gelten lassen.

Im anderen Falle aber ist zu fragen, ob nicht im Interesse des Miethers und Pächters eine Zeit zu bestimmen sein wird, innerhalb welcher der Beitritt des besser Berechtigten erfolgt sein muß, widrigenfalls er ohne Zustimmung des Miethers oder Pächters diesem gegenüber nicht berücksichtigt werden kann? Das preußische Recht hat diesen Weg bekanntlich zum Schutze der übrigen Realberechtigten beschritten. Es ist bestimmt, daß, wenn der Beitritt eines Gläubigers erst innerhalb der beiden letzten Wochen vor dem Versteigerungstermine beantragt worden

Digitized by Google

ist, dieser Beitritt bei Feststellung des geringsten Gebots unbeachtet bleibt, es sei denn, daß diejenigen Realberechtigten der Beachtung zustimmen, deren Ansprüche in Folge der Beachtung bei der Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt bleiben würden (§ 54 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883). In Verbindung damit steht die Procedurvorschrift des § 47 Abs. 2 daselbst. Die Gründe für diese Bestimmung sind augenscheinlich aus einer billigen Rücksichtnahme auf die Lage des durch die Veränderung betroffenen Gläubigers hergeleitet. Es soll ihm Zeit gelassen werden, sich auf eine Wahrnehmung seiner Rechte einzurichten, da letztere erst durch den Beitritt gefährdet worden sind. Man hat wohl namentlich an die Beschaffung der zu einer wirksamen Wahrnehmung nöthigen Geldmittel gedacht, da regelmäßig die Folge die sein wird, daß der betroffene Gläubiger selbst mit Geboten einspringen muß, um seine Hypothek nicht ausfallen zu lassen.

In derselben Lage befindet sich der Miether und Pächter. Wenn ihm an der Erhaltung seines Rechts gelegen ist — und dies läßt sich in allen Fällen annehmen, in denen er sich durch Eintragung gesichert hat — so wird man auch ihm ein tempus utile aus denselben Gründen gewähren müssen, wie dem Hypothekengläubiger. Er kann zur Erhaltung seines Rechts den neu beigetretenen Gläubiger befriedigen wollen und würde hierzu als dinglich Berechtigter vermöge des jus offerendi auch befugt sein; er kann ein anderes Arrangement behufs Erledigung des neuen Beitritts beabsichtigen; er kann schlimmstenfalls den Ankauf des Grundstücks in Aussicht nehmen u. s. w.; — an welche Maßnahmen man auch denken mag, immer gehört Zeit und Geld dazu, um sie durchzuführen. Die Vorschrift, daß ein zu später Beitritt in der einmal geschaffenen Rechtslage der dinglich Berechtigten ohne deren Zustimmung nichts ändern kann, wird daher auch dem Miether und Pächter gegenüber zur Anwendung zu bringen sein.

Welche Frist als tempus utile zu gelten hat, ob vierzehn Tage, wie im preußischen Recht, oder eine längere oder kürzere, ist lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit.

9. Der Ersteher verliert sein Kündigungsrecht, wenn er die erste Kündigungsmöglichkeit unbenutzt vorüber gehen läßt.

Für das preußische Recht wird dies in der Praxis bereits gegenwärtig angenommen, wenn auch der Satz nicht ausdrücklich im Allgemeinen Landrecht ausgesprochen ist; ebenso enthält ihn das sächsische bürgerliche Gesetzbuch. Der Entwurf hat ihn abgelehnt, weil „durch eine solche Bestimmung der Miether in der Person des Erwerbers einen neuen

Digitized by Google

Schuldner erhalten würde, der alle nach dem Miethvertrage dem Vermiether obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen hätte. Hieraus würde sich eine große Härte für den Erwerber ergeben, zumal wenn derselbe von dem Umfange jener Verpflichtungen keine Kenntniß gehabt haben sollte. Die Bestimmung würde auch dazu führen, entweder den Miether durch Verschaffung eines zweiten Schuldners ohne Grund zu begünstigen, oder, wenn der bisherige Vermiether befreit werden sollte, dem Miether ohne Grund und zu seinem Nachtheile einen anderen Schuldner aufzudrängen" (Mot. Bd. 2 S. 389).

Nach unserem Dafürhalten ist diese Begründung nicht überzeugend. Eine Härte für den Erwerber liegt nicht darin, daß man ihm zumuthet, sich über den Umfang derjenigen Verpflichtungen zu informiren, in die er eintreten würde. Wird ihm nach dieser Richtung hin nicht genügender Aufschluß gegeben, oder hält er es für bedenklich, in Verpflichtungen, die ihm nicht völlig klar gelegt erscheinen, einzutreten, so mag er von dem Geschäft abstehen oder — als Ersteher — von seinem Kündigungsrechte Gebrauch machen. Eben weil er dieses Kündigungsrecht in der Hand hat, ist er jetzt in einer anderen Lage, wie vorher als Bietungslustiger. Ihm werden jetzt Miether und Pächter im eigenen Interesse Auskunft geben, weil ihnen die Kündigung droht. Ist hierzu wegen nahe bevorstehenden Ablaufs der Kündigungsfrist nicht Zeit oder Gelegenheit, so wird der vorsichtige Käufer kündigen und sich dadurch für die Zukunft freie Hand sichern. Für ihn scheint bei dieser Sachlage am besten gesorgt, und von einer Härte kann wohl nicht die Rede sein.

Aber auch bezüglich des Miethers trifft die Motivirung nicht zu. Das Verhältniß des neu eintretenden Erwerbers ist nur so zu regeln, daß für die bisher existent gewordenen Verpflichtungen der bisherige Eigenthümer verhaftet bleibt, ohne daß in diese der neue Erwerber eintritt. Und wenn für die vom Eigenthumswechsel ab neu entstehenden Verpflichtungen der bisherige Eigenthümer neben dem Käufer für haftbar erklärt wird, so liegt hierin keine unbillige Begünstigung des Miethers. Denn gegen seinen Willen tritt der neue Erwerber jedenfalls nicht in die Vertragspflichten seines Vorgängers, und bereichert wird der Miether überhaupt nicht.

Es ist dies ja ein schwieriger Punkt, auf den noch zurückgekommen werden wird; er hat auch in der preußischen Praxis zu den meisten Zweifeln Veranlassung gegeben und wird vielleicht bis in die Einzelheiten nie ganz klar zu stellen sein. Aber es muß eben versucht werden, hierfür ein Princip zu finden; dann mag man der Praxis die Ausgestaltung

Digitized by Google

in die Einzelheiten überlassen. Jedenfalls ist es weder nöthig, überall den neuen Erwerber und den bisherigen Vermiether als gemeinsam haftbar zu erklären, noch auch den letzteren aus allen Verbindlichkeiten durch den Eintritt des neuen Eigenthümers für befreit zu erachten.

Und endlich ist es doch auch kaum billig, den Pächter und Miether nicht bloß der Ungewißheit auszusetzen, ob der neue Erwerber in den bestehenden Vertrag eintreten wird, sondern diese Ungewißheit auch noch dauernd fortbestehen zu lassen. Im Interesse des Miethers muß ein baldiger Entschluß des Erwerbers verlangt werden. Die Bestimmung, daß er, wenn er kündigen will, hierzu die erste sich ihm bietende Möglichkeit benutzen muß, erscheint durchaus sachgemäß. Man stelle sich doch die Lage des Miethers vor. Vielleicht meint man, derselbe könne der Ungewißheit, in der er sich befindet, dadurch ein Ende machen, daß er mit dem Erwerber einen neuen Vertrag schließt, bezw. sich mit ihm über das Fortbestehen des bisherigen einigt. Aber der Erwerber ist gar nicht verpflichtet, seinem Miethmanne einen Entschluß kundzugeben; er kann jede Erklärung einfach ablehnen und so den Miether von Vierteljahr zu Vierteljahr hinziehen. Kündigen, also selbst das Vertragsverhältniß lösen, um nur aus der Ungewißheit herauszukommen, kann der Miether auch nicht. Seine Lage ist in der That unerträglich, wenn man dem neuen Eigenthümer nicht ein präclusivisches Ziel setzen will.

10. Daß das Kündigungsrecht nicht an die Person des Erstehers gebunden ist, sondern von ihm mit dem Grundstück an einen Singularsuccessor übertragen werden kann, ist unbedenklich. In Frage kann nur kommen, ob das Kündigungsrecht ohne Weiteres mit dem Eigenthum auf den zweiten Erwerber übergeht, oder ob es hierzu einer ausdrücklichen Abtretung bedarf.

Für letztere Annahme scheint die Erwägung zu sprechen, daß das Kündigungsrecht des Erstehers nicht ein Ausfluß oder eine Eigenschaft des Eigenthums ist, sondern daß es ihm beigelegt ist in seiner Eigenschaft als Ersteher. Indeß diese Erwägung greift nicht durch. Wenn man nach dem Satze: „Kauf bricht nicht Miethe" anzunehmen hat, daß bei einer freiwilligen Veräußerung der Erwerber rücksichtlich der Pacht- und Miethverhältnisse in die Rechtsstellung des Veräußerers einrückt, so ist auch, wenn ein kündigungsberechtigter Ersteher veräußert, daran festzuhalten, daß der Erwerber die Rechtsposition seines Veräußerers übernimmt. Dieser Rechtsposition aber ist das Kündigungsrecht eigenthümlich, sie ist durch dasselbe als eine eigenartige charakterisirt. Es besteht zwischen dem Ersteher und Miether ein Zustand der Schwebe, aber noch

Digitized by Google

kein Vertragsverhältniß. Consequent tritt in diesen Schwebezustand der zweite Erwerber ein. Wollte man ihm das Kündigungsrecht versagen, so käme er in ein Vertragsverhältniß, in welchem sein Auctor selbst nicht gestanden hat. Dies möchte für die Verneinung der Frage entscheidend sein. Praktische Bedenken, die etwa eine andere Regelung im Interesse der einen oder anderen Partei nöthig machten, liegen nicht vor.

Bei der Zweifelhaftigkeit der Sache scheint es aber rathsam, eine ausdrückliche Entscheidung der Frage im Gesetz nicht zu übergehen.

11. Auch der Eigenthümer des Grundstücks, welchem als Meistbietendem das Eigenthum am Grundstück belassen wird, ist berechtigt, das dem Ersteher gesetzlich zustehende Kündigungsrecht auszuüben. Dies ist nur für diejenigen Fälle nicht anzuerkennen, in welchen er selbst den Mieth- oder Pachtvertrag geschlossen hat oder in denselben als persönlich Verpflichteter eingetreten ist.

Denn an sich steht der Eigenthümer des Grundstücks, wenn ihm das Gesetz die Möglichkeit eröffnet, auf dasselbe zu bieten und es zu erstehen, dem Miether und Pächter nicht anders gegenüber, wie jeder fremde Bieter. Erfolgt also der Verkauf unter der gesetzlichen Bedingung, daß der Miether dem Ersteher zu weichen habe, so muß diese auch zu Gunsten des bisherigen Eigenthümers in Wirksamkeit treten. Es ist dies eben nicht eine Folge des Eigenthumswechsels, sondern eine lex contractus, an welche der Miether, als der schwächer Berechtigte, gebunden worden ist.

Wenn aber diese lex contractus, aus welcher doch immer nur eine Befugniß für den Ersteher resultirt, für ihn zugleich einen Vertragsbruch einschließen würde, so muß die Rücksicht auf die Vertragstreue höher stehen. Man darf nicht zu dem Ergebniß kommen, daß der Ersteher gesetzlich zu einer Handlung berechtigt wird, für welche er zugleich auf Grund eines bestehenden Vertragsverhältnisses schadensersatzpflichtig sein würde. Ebenso wie es zulässig ist, daß sich der Meistbietende vor Ertheilung des Zuschlags dem Miether oder Pächter gegenüber verpflichtet, von dem ihm gesetzlich zukommenden Kündigungsrechte keinen Gebrauch zu machen, ist hier zu unterstellen, daß die Gebote des persönlich verhafteten Grundstückseigenthümers unter dem stillschweigenden Verzicht auf Ausübung des Kündigungsrechts abgegeben sind.

Derartige Fälle werden indeß so selten sein, daß es einer Entscheidung der Frage, die auch in der Praxis kaum abwegig beantwortet werden dürfte, im Gesetz nicht bedarf.

Digitized by Google

12. Erfolgt die Zwangsversteigerung auf Antrag des Concursverwalters, so kann sie an sich nur die Wirkung haben, daß alle auf dem Grundstücke ruhenden dinglichen Rechte unberührt bleiben. Die dinglich Berechtigten sollen nicht verpflichtet sein, sich auf den Concurs einzulassen; eine Veräußerung des ihrem Recht unterworfenen Gegenstandes im Interesse der Concursmasse kann nur erfolgen unbeschadet der auf ihm ruhenden dinglichen Befugnisse.

Dieser Schutz kommt auch dem Miether und Pächter zu statten, dessen Recht durch Eintragung dinglich geworden ist.

Eine andere Regelung wäre auch im Interesse des Verkehrs nicht angängig. Wenn letzterer, wie oben versucht worden ist auszuführen, ein Mittel verlangt, um unabhängig von dem geschäftlichen Schicksale des Grundstücksbesitzers für Miethe und Pacht die Gewißheit der Stabilität zu gewinnen, so darf nicht der Concurs über das Vermögen des Vermiethers wieder die Lücke sein, durch welche diese Sicherheit des Rechts von Neuem in Frage gestellt werden kann. Das eingetragene Mieth- und Pachtrecht überdauert den Concurs, weil es zufolge seiner Eintragung stärker ist, als die Rechte der Concursgläubiger; es kann also auch nicht dadurch beseitigt werden, daß der Verwalter das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung veräußert.

Aber schon im preußischen Gesetz vom 13. Juli 1883 hat man mit Rücksicht auf die Rechtslage der Hypothekengläubiger zu einem Aushülfsmittel greifen müssen.

Die Hypothekengläubiger können ein berechtigtes Interesse daran haben, sich gleichzeitig im Concurse als Concursgläubiger zu betheiligen, nämlich alsdann, wenn der Werth des Pfandgrundstückes ihnen für ihre Forderung nicht genügende Sicherheit bietet. Im Concurse aber werden sie, wofern überhaupt der Gemeinschuldner persönlich für die Forderung haftet, nur insoweit zugelassen, als sie entweder auf ihr Pfandrecht verzichten oder mit diesem bei der Veräußerung des Grundstücks ausgefallen sind (§ 57 Conc.-Ordn.). Können sie den Nachweis eines Ausfalls nicht rechtzeitig führen, so werden sie bei der Schlußvertheilung im Concurse nicht weiter berücksichtigt (§ 141 daselbst), d. h. das Vermögen des Gemeinschuldners wird inzwischen unter die Concursgläubiger vertheilt, und auf sie ist für denjenigen Theil ihrer Forderung, mit welchem sie auf eine Befriedigung aus dem Grundstücke nicht zu rechnen haben, nichts entfallen. Hieraus ergiebt sich, daß sie berechtigt sind, eine derartige Regelung des Zwangsversteigerungsverfahrens zu verlangen, daß in letzterem ihr Ausfall festgestellt wird.

Digitized by Google

An sich würde man sie zu diesem Zwecke auf den Weg verweisen müssen, ihre Forderung vollstreckbar zu machen und nun selbst als betreibende Gläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren aufzutreten. Um solche zwecklose Processe zu vermeiden, durch welche der Masse nur unnöthige Kosten entstehen würden, ist in § 183 des preußischen Zwangsvollstreckungsgesetzes zweckmäßig bestimmt, daß jeder Hypothekengläubiger, dessen Anspruch vom Concursverwalter anerkannt wird, berechtigt sein soll, in einem auf Antrag des Verwalters betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren zu beantragen, daß bei der Feststellung des geringsten Gebots nur diejenigen Realansprüche berücksichtigt werden, welche seinem Anspruche vorgehen. Es wird hierdurch den übrigen Realberechtigten gegenüber dieselbe Rechtslage geschaffen, wie wenn der beantragende Hypothekengläubiger selbst im Verfahren als betreibender Gläubiger aufträte.

Diese Regelung, deren Zweckmäßigkeit in die Augen springt, führt nun auch für die eingetragenen Mieth- und Pachtrechte zu dem Ergebniß, daß sie der Kündigung unterworfen werden, d. h. daß der Ersteher gegen sie das gesetzliche Kündigungsrecht erwirbt, wenn ein ihnen vorgehender Realberechtigter den Antrag aus § 183 a. a. O. gestellt hat. Es ist auch dies wiederum nur eine Folge der aus der Priorität hervorgehenden besseren Berechtigung. Wollte man sie ausschließen, den Verkauf also, weil er vom Concursverwalter betrieben wird, nur unter der Uebernahme des Miethrechts zulassen, so geschähe dies offenbar zum Schaden des vorstehenden Hypothekengläubigers, dessen Ausfall durch diese Belastung des Grundstücks erhöht werden würde.

Zweifelhaft könnte nur sein, ob auch hier der Miether gleichzeitig das Ausgebot unter Uebernahme seines Rechts verlangen und der Ertheilung des Zuschlags an ein höheres, sein Recht nicht übernehmendes Gebot widersprechen kann, wenn das geringere, den vorgehenden Gläubiger deckende Gebot unter Uebernahme des Miethrechts abgegeben ist. Aber auch in diesem Falle ist dies zu bejahen, da eben lediglich die Priorität entscheidend sein muß, und nicht zu Gunsten der Concursmasse ein dingliches Recht geschädigt werden darf.

Dagegen würde eine freiwillige Veräußerung des Grundstücks durch den Concursverwalter, welche nach § 17 Nr. 2 der Concursordnung auf die Zulässigkeit der Kündigung, sowie auf die Dauer der vom Gemeinschuldner geschlossenen Pacht- und Miethverträge dieselbe Wirkung haben soll, wie eine Zwangsversteigerung, dem Käufer gegen eingetragene

Digitized by Google

Mieth- und Pachtrechte ein Kündigungsrecht nicht mehr geben. Die Bestimmung träfe nur noch die nicht eingetragenen Mieth- und Pachtrechte, da diese durch die Zwangsversteigerung schlechthin und (wie oben sub 2 befürwortet worden ist) ohne Rücksicht darauf, wer als Gläubiger auftritt, der Kündigung unterworfen werden. Das Kündigungsrecht würde in diesem Falle mit der Auflassung gegeben sein.

Der Entwurf erwähnt ferner in § 769 den Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft. Der Verkauf eines Grundstücks soll in diesem Falle nach den Vorschriften über die Zwangsversteigerung von Grundstücken geschehen, und die Motive (Bd. 2 S. 884) verweisen dabei auf die zu erlassende Subhastationsordnung. Letztere wird also die Grundsätze bringen, nach welchen dieser Verkauf zu erfolgen hat, und es läßt sich wohl annehmen, daß dies dieselben sein werden, welche schon gegenwärtig für die Subhastation zum Zwecke der Auseinandersetzung zwischen Miteigenthümern bestehen (§ 185 des preußischen Gesetzes vom 13. Juli 1883).

Darnach würden Mieth- und Pachtrechte von einer derartigen Subhastation unberührt bleiben.

In eine Erörterung hierüber einzutreten, ist bis zum Bekanntwerden der Bestimmungen der neuen Subhastationsordnung vorzeitig; nur ein Punkt wäre hervorzuheben.

Wenn ausschließlich der Eigenthumsantheil eines Miteigenthümers für die Hypothek haftet, und später ein Pacht- oder Miethrecht auf dem ganzen Grundstück eingetragen wird, so würde, wenn der Antrag auf Zwangsversteigerung von demjenigen Miteigenthümer ausgeht, auf dessen Antheil die Hypothek nicht haftet, die Folge die sein, daß die Wirkungen der Zwangsversteigerung zwar gegen die Hypothek, nicht aber gegen das Mieth- und Pachtrecht eintreten. Hierdurch würde der Hypothekengläubiger gefährdet, weil die Belastung des Grundstückes mit dem Miethrecht den Kaufpreis herabdrücken kann, und sich damit derjenige Antheil der Kaufgelder mindert, der auf den mit der Hypothek belasteten Miteigenthumsantheil entfällt. Diese Gefährdung ist unbillig, weil der Hypothekengläubiger rücksichtlich des ihm haftenden Antheils dem Miether bezw. Pächter vorgeht, und letzterer bei dem Erwerbe seines Rechts die bereits bestehende Antheilshypothek gekannt haben muß.

Für solche Fälle bietet das doppelte Aufgebot des Grundstücks — mit und ohne Uebernahme des Miethrechts — die richtige Aushülfe. Der Zuschlag darf einem Gebote nicht ertheilt werden, welches das

Digitized by Google

Miethrecht nicht übernimmt, wenn ein den Hypothekengläubiger deckendes Gebot unter Uebernahme des Miethrechts abgegeben worden ist.

Es ist dies übrigens nur ein specieller Fall, der sich bei allen, das ganze Grundstück ergreifenden Belastungen (z. B. Servituten) wiederholen kann, wofern vor deren Eintragung bereits Antheilshypotheken begründet sind. Für alle diese Fälle dürfte die amtsmäßige Verpflichtung zum doppelten Ausgebot und zur Zuziehung der dinglich Berechtigten als Realinteressenten vorzuschreiben sein.

II.

Nach Besprechung dieser formellen Punkte bedarf es nun noch eines Eingehens auf das materielle Rechtsverhältniß, welches zwischen dem Miether und Pächter auf der einen und dem Ersteher auf der anderen Seite eintritt, je nachdem letzterer von seiner Kündigungsbefugniß Gebrauch macht oder nicht. Nur im ersteren Falle handelt es sich um eine dem Zwangsversteigerungsverkauf eigenthümliche Folge. Denn wenn der Ersteher nicht kündigt, so tritt er ganz ebenso wie ein freiwilliger Käufer in das bestehende Vertragsverhältniß ein, und es müssen dieselben Wirkungen, die sich an diesen Eintritt dem freihändigen Käufer gegenüber knüpfen, auch dem Ersteher gegenüber gelten. Wenn sich also bei Regelung dieser Wirkungen Schwierigkeiten ergeben, so sind diese schon eine Folge des Satzes: „Kauf bricht nicht Miethe"; sie entstehen nicht erst durch eine Anwendung desselben auf den Zwangsversteigerungsverkauf.

Kündigt der Ersteher, so kann selbstverständlich von einem Eintritt in das bestehende Vertragsverhältniß für die Zeit, von welcher ab die Kündigung wirkt, nicht die Rede sein. Es fragt sich nur, ob bis dahin der Ersteher als eintretend zu betrachten ist, oder ob man die Kündigungsfrist — oder genauer den Zeitraum, der zwischen der Ertheilung des Zuschlages und dem Ablauf der Kündigungsfrist liegt — als Räumungsfrist anzusehen hat, während welcher zwischen Ersteher und Miether bezw. Pächter überhaupt kein Vertragsverhältniß besteht.

Im preußischen Recht ist die Frage bekanntlich streitig; das Reichsgericht und früher schon das Ober-Tribunal haben sich für Räumungsfrist entschieden und den Anspruch des Erstehers auf den Miethzins, soweit er auf die Zeit nach Ertheilung des Zuschlages entfällt, nicht als vertragsmäßige Gegenleistung des Miethers, sondern als Entschädigung dafür aufgefaßt, daß dem Ersteher die Benutzung des Grundstücks durch den Miether entzogen wird, obwohl ersterer schon auf diese Benutzung

Digitized by Google

ein Anrecht hatte. Dieser Auffassung lassen sich zwei Bedenken entgegenstellen. Einmal weist der Umstand, daß die „Entschädigung“ die vertragsmäßige Höhe beibehalten muß, darauf hin, daß der Vertrag doch auch dem Ersteher gegenüber nicht schlechthin beseitigt ist, und ferner muß man dem Miether das Recht einräumen, Vorausbezahlungen der Miethe auch gegen den Ersteher geltend zu machen. Denn der Schutz, welcher nach dieser Richtung hin den Hypothekengläubigern gewährt ist, kommt dem Ersteher als solchem nicht zu statten.

Trotz dieser Bedenken möchte bei einer Neuregelung der Frage ihre Beantwortung im Sinne der reichsgerichtlichen Entscheidung zu befürworten sein. Was die Höhe der Entschädigung anlangt, so hat der Entwurf bereits in § 525 denselben Weg aus Zweckmäßigkeitsgründen beschritten, und es steht nichts entgegen, dieselbe Vorschrift für den Ersteher zur Anwendung zu bringen, selbstverständlich unter Weglassung des Zusatzes, „unbeschadet des Anspruches auf Ersatz eines weiteren Schadens“. Was dagegen die Compensationsbefugniß des Miethers anlangt, so zwingt diese nicht nothwendig zur Annahme eines Vertragsverhältnisses; sie läßt sich auch daraus herleiten, daß der Vermiether bezw. sein Gläubiger das Grundstück nur mit demjenigen Bezugsrechte verkaufen konnte, welches ersterem zur Zeit des Verkaufes noch zustand.

Im Uebrigen entspricht ein Nichteintritt des Erstehers auch für die Räumungsfrist mehr der Sachlage. Es würde dann ein ähnliches Verhältniß geschaffen, wie es der Entwurf in § 509 für den freihändigen Käufer, der nicht in den Miethvertrag eintritt, anerkennt; darnach soll der Käufer — hier also der Ersteher — verpflichtet sein, „den vertragsmäßigen Gebrauch des Grundstückes durch den Miether sowie die Vornahme derjenigen Handlungen, welche gegenüber dem Miether dem Vermiether obliegen, insbesondere die von dem Vermiether zu bewirkenden Ausbesserungen, noch so lange zu gestatten“, bis die Kündigungsfrist abgelaufen ist. Hinzuzufügen bliebe nur die Berechtigung des Erstehers auf Entschädigung nach Maßgabe des § 525 mit der bereits hervorgehobenen Modification in Beziehung auf die Schlußworte, und die Berechtigung des Miethers, Vorausbezahlungen, Gegenforderungen aus dem Vertragsverhältnisse und Cessionen dem Ersteher gegenüber in Beziehung auf diese Miethsentschädigung geltend zu machen.

Einfügen ließe sich diese Bestimmung sehr wohl in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, für welches auch der Entwurf nach der Note 1 zu § 1076 eine Regelung der Rechte des

Digitized by Google

Miethers und Pächters für den Fall der Zwangsversteigerung in Aussicht nimmt (vgl. auch Mot. Bd. 2 S. 390.)

Kündigt dagegen der Ersteher nicht, so muß er als schon vom Zuschlage ab in das Vertragsverhältniß eingetreten angesehen werden. Auf ihn geht der Anspruch auf den Miethzins als ein vertragsmäßiger über, er muß sich aber auch diejenigen Einreden gefallen lassen, die aus dem Vertragsverhältnisse dem Miether zustehen.

Dies ist der Punkt, der in der preußischen Praxis zu den meisten Schwierigkeiten Veranlassung gegeben hat.

Man hat unterscheiden wollen zwischen dem dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnisse, so daß Rechte und Pflichten, die nur persönlicher Natur seien, auf den Käufer nicht übergehen. Aber zu einer festen Grenzlinie zwischen beiden ist man nicht gekommen, und so schwankt man in Doktrin und Praxis darüber hin und her, wie weit sich die Wirkungen des Eintritts erstrecken. Eine Unterscheidung nach der angedeuteten Richtung hin läßt sich auch nicht aufrecht erhalten; sie würde niemals zu einer festen Abgrenzung führen. Selbst bei dem Anspruch auf den Zins kann es zweifelhaft sein, ob er ein dinglicher oder persönlicher im Sinne der vorerwähnten Unterscheidung sein soll, und es bliebe zuletzt nur noch der Anspruch des Pächters bezw. Miethers auf Fortdauer seines Besitzes als eine unzweifelhaft dingliche Wirkung übrig, — alles Andere wäre in Zweifel gestellt.

Die Unterscheidung ist aber auch mit dem Satze „Kauf bricht nicht Miethe" seinem Sinne nach nicht zu vereinbaren; denn der Satz besagt nicht bloß, daß der Miether von dem neuen Erwerber nicht vertrieben werden darf, sondern er bedeutet, daß die Rechtsstellung des Miethers — sein Vertragsverhältniß und alle aus ihm begründeten Rechte — unverkürzt erhalten bleiben sollen.

Dies kann nun freilich nicht dahin ausgelegt werden, daß der neue Erwerber persönlich für die bereits aus dem Vertragsverhältnisse vor seinem Eintritt zur Entstehung gelangten Verbindlichkeiten des Vermiethers einzustehen hätte; wohl aber führt es dahin, daß, soweit auf Grund solcher Verbindlichkeiten der Miether berechtigt sein würde, eine Compensation mit künftigen Miethzinsen eintreten zu lassen, er diese Berechtigung auch dem neuen Erwerber gegenüber geltend machen darf. Dies läßt sich vielleicht dahin verallgemeinern, daß bei einer Geltendmachung derartiger Verbindlichkeiten innerhalb des Miethsverhältnisses der neue Erwerber ganz an Stelle seines Vorgängers tritt, daß aber,

Digitized by Google

soweit solche Verbindlichkeiten außerhalb des Miethsverhältnisses geltend gemacht werden sollen, sich der Miether nur an seinen Vermiether zu halten hat.

Ebenso können Verbindlichkeiten, die bis zum Eigenthumswechsel als selbständige Verpflichtungen des Miethers aus dem Vertragsverhältnisse hervorgegangen sind, z. B. der Anspruch auf rückständigen Miethzins oder auf verwirkte Conventionalstrafen wegen Nichterfüllung vertraglicher Pflichten, nicht ohne Weiteres als auf den Erwerber übergegangen angesehen werden. Sie stehen dem Vermiether als bereits existent gewordene eigene Ansprüche zu, die zwar aus dem Vertragsverhältnisse entstammen, mit seiner Fortsetzung aber in keinem Zusammenhange stehen.

Man darf nicht entgegnen, daß dies gegenüber dem Compensationsrecht des Miethers inconsequent sei, und daß von diesem Standpunkte aus auch der Miether nur befugt sein dürfe, seine zur Zeit des Eigenthumswechsels bereits existent gewordenen Ansprüche gegen den Vermiether geltend zu machen. Denn hierdurch würde in der That die Lage des Miethers verschlechtert; es würde ihm die Möglichkeit benommen, seinen Anspruch durch die Fortsetzung des Miethrechts zu befriedigen. Diese Möglichkeit aber ist ein Theil seines Anspruchs; sie bestand, als dieser Anspruch zur Entstehung gelangte, und sie darf ihm daher nicht durch einen Eigenthumswechsel, den er nicht verhindern kann, genommen werden. Das Gleiche läßt sich für die Fälle, in denen es sich um bereits existent gewordene Ansprüche des Vermiethers handelt, nicht sagen, und in diesem Unterschiede ist die Verschiedenheit der Folgen begründet.

Was dagegen die nach dem Eigenthumswechsel existent werdenden Ansprüche anlangt, so kann nur zweifelhaft sein, ob sich der Miether wegen solcher Ansprüche an den Vermiether und den neuen Eigenthümer, oder nur an letzteren halten kann. Man hat auch hier in der preußischen Praxis Unterscheidungen machen wollen; man hat namentlich angenommen, daß für ein Verschulden in Erfüllung der Vertragspflichten immer nur der neue Eigenthümer einzustehen habe. Aber auch hierbei giebt man das Princip preis, daß die Lage des Miethers nicht verschlechtert werde. Ihm haftet der Vermiether für die Erfüllung des Vertrages persönlich, und es ist nur billig, daß — wenn letzterer für die Erfüllung einen Ersatzmann stellt, gegen dessen Annahme sich der Miether nicht sträuben kann — er für diesen Ersatzmann haftet, wofern derselbe die Vertragspflichten nicht gehörig erfüllt. Daß hierin die Motive

Digitized by Google

(Bd. 2 S. 389) eine ungerechtfertigte Begünstigung des Miethers finden, ist nicht zutreffend. Der Miether erhält freilich zwei Schuldner, aber doch nur eine Befriedigung — von diesem oder jenem. Unbillig wäre es vielmehr, den Miether mit seinen Ansprüchen nur an den (vielleicht insolventen) neuen Erwerber zu verweisen und damit dem Vermiether ein Mittel an die Hand zu geben, lästige Vertragspflichten los zu werden.

Dieselben Grundsätze müssen nun auch für den Eintritt eines Erstehers in den Miethvertrag gelten, sei es, daß der Ersteher den Miethvertrag nicht kündigt, sei es, daß er ein Kündigungsrecht überhaupt nicht erworben hat. Der Kauf in der Subhastation bietet nach dieser Richtung hin nichts Eigenthümliches.

Digitized by Google

XXI.

Gutachten des Herrn Professor Dr. Otto Fischer zu Greifswald

über die Frage:

Wie soll der Satz „Kauf bricht nicht Miethe" im Falle der Subhastation modificirt werden?

I. Vorbericht.

Mit einer seltenen Einmüthigkeit hat die öffentliche Meinung Deutschlands über die beabsichtigte Aufnahme des Satzes: „Kauf bricht Miethe" in das deutsche Privatrechtsbuch den Stab gebrochen. Juristen und Volkswirthe stimmten hier mit den weiten Kreisen der Interessenten überein.

Die Kundgebungen von juristischer Seite culminiren in dem Beschlusse des 19. Juristentages. Von den drei Gutachtern (Meibom,[1]) Eck[2]) und dem Verfasser dieses Gutachtens) war keiner schlechthin für den Entwurf eingetreten. Meibom verlangte die Zulassung der Eintragung des Miethsrechts im Grundbuche, sowie die gesetzliche Anerkennung der Pflicht des Erwerbers, entweder auf Aufforderung binnen einer bestimmten Frist zu erklären, daß er die Räumung verlange, oder die Erfüllung des Miethsvertrages dem Miether gegenüber zu übernehmen. Im Uebrigen billigte er den Entwurf, indem er den Grund der Motive adoptirte, daß sich die Dinglichkeit des Miethsrechts mit den Grundsätzen des Grundbuchrechts nicht vertrage. Auch die Erschwerung des Güterumsatzes fiel für ihn ins Gewicht. Die beiden anderen Gutachten traten dagegen mit Entschiedenheit für die Annahme des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe nicht" ein. Außerdem hatten schon vor der Berathung durch den Juristen-

---

[1]) Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 3—34.

[2]) Das. S. 229—248.

Digitized by Google

tag Gierke und Bähr[3]) ihre gewichtigen Stimmen für dieselbe Ansicht in die Wagschale fallen lassen. „Mit dem Satze „Kauf bricht Miethe", sagt Bähr, hat man seit Jahrhunderten dem deutschen Rechtsgefühl ins Gesicht geschlagen."

Die beiden Berichterstatter des Juristentages, Geh. Justizrath Professor Dr. Brunner und Reichsgerichtsrath Dr. Julius Petersen, verurtheilten ebenso die Grundsätze des Entwurfs, und waren auch darüber einig, daß die von Meibom vorgeschlagenen Modificationen nicht ausreichend seien. Aus der Zahl der Redner, welche sich mit einer einzigen Ausnahme im gleichen Sinne ausgesprochen haben, verdienen der Landrichter Dr. Dove und der Reichsgerichtssenatspräsident Dr. Drechsler deshalb hervorgehoben zu werden, weil sie, obwohl sie in der gemeinrechtlichen Praxis besonders verderbliche Wirkungen des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe" nicht kennen gelernt hatten, dennoch zugaben, daß der gegentheilige Satz der bessere sei, und ihn auch deshalb zur Aufnahme in das künftige deutsche Recht empfahlen, weil zwei Drittheile der Volksgenossen an demselben hingen.

Der einzige Vertheidiger des Entwurfs bezw. der Anträge Meibom's, der Rechtsanwalt Dr. Alexander-Katz, führte aus, daß der Grundsatz „Kauf bricht Miethe nicht" die Güterbewegung hindere. Personen, welche Grundstücke zu Umbauzwecken erwerben wollten, würden von den Miethern in der unerhörtesten Weise geprellt. In Folge dieses Grundsatzes sei in Berlin vor zwei Jahren eine Güterbewegung von mindestens 50 bis 60 Millionen Mark verhindert worden.

Diese Ausführung, welche lebhaft an die Fabel von dem Wolfe und dem Lamme erinnerte und die Förderung einer ungesunden Güterbewegung als gesetzgeberisches Ziel hinstellte, mußte der Regelung des Entwurfs auch die letzten Sympathien entziehen. Sie hat den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" mehr discreditirt, als es seine ärgsten Gegner vermocht hätten. „Nichts fast hat schlagender die Schwäche des Entwurfs dargethan" konnte in einem Bericht über den Juristentag gesagt werden.[4]) Und so führten denn die Verhandlungen dazu, daß der zunächst von der ersten Abtheilung „wohl einstimmig" angenommene Antrag der beiden Berichterstatter:

---

[3]) Kritische Vierteljahrsschrift 30 S. 394—396. Vgl. auch Bähr, zur Besitzlehre in den Jahrbüchern für Dogmatik 26 S. 338. Die Abhandlung war mir bei Abgabe meines früheren Gutachtens noch nicht zugänglich gewesen.

[4]) Kempner, der 19. deutsche Juristentag, in der juristischen Wochenschrift 1888 S. 375.

Digitized by Google

„Es empfiehlt sich, in das bürgerliche Gesetzbuch für den Fall, der freiwilligen Uebereignung einer Sache, die dem Miether oder Pächter bereits vorher überlassen war, den Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe“ aufzunehmen.“

demnächst von der Plenarversammlung einstimmig adoptirt ist.

Wohl nicht mit Unrecht nennt Klöppel[5]) dieses Ergebniß einen „Beschluß, dessen Beachtung sich die weitere Bearbeitung des Entwurfs nicht wird entziehen können“.

Es wird auch nur zu billigen sein, daß sich der Beschluß des Juristentages nicht mit den Einzelheiten der rechtlichen Gestaltung des Grundsatzes befaßt hat und auf die zu Tage getretenen Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der juristischen Construction nicht eingegangen ist.

In letzterer Hinsicht möge hier die Bemerkung gestattet sein, daß zwischen der Auffassung der Miethe als Realobligation, wie sie Brunner[6]) darlegte, und der in meinem Gutachten empfohlenen Dinglichkeit nur scheinbar ein Unterschied besteht. Auch ich will kein einfaches dingliches Recht im Sinne der römischen iura in re aliena, sondern ein mit den Wirkungen der Absolutheit oder Dinglichkeit ausgestattetes Recht, welches nicht bloß ein Dulden, sondern zugleich ein positives Thun des Eigenthümers zum Gegenstande hat. Nicht ganz so weit geht die Ansicht von Eck, welcher, obwohl er ebenfalls dem Miether den vollen Schutz gegen den neuen Erwerber zuspricht, eine Dinglichkeit des Miethsrechts verwirft.[7])

Im Sinne des Juristentages hat sich demnächst auch P. Reichensperger[8]) ausgesprochen. Er will nicht, „daß das sociale und wirthschaftliche Interesse der großen Mehrheit der Nation zum Vortheil eines kleinen Bruchtheils wortbrüchiger Speculanten preisgegeben, und die natürliche Rechtsordnung wie alte deutsche Treue der gesetzlichen Unterlage beraubt werde“.

Dagegen hat Hartmann[9]) neuerdings die „innere Gerechtigkeit“ des „Kauf bricht Miethe“ für die Wohnungsmiethe vertheidigt. Er beruft sich auf die schweizerische Bundes- und Cantonalgesetzgebung und vermeint, daß dem Eigenthümer als dem Träger der Gefahr auch die Ver-

[5]) Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches vor dem Juristentage in Gruchot's Beiträgen 32 S. 852—870.

[6]) a. a. O. Bd. 3 S. 44.

[7]) a. a. O. Bd. 2 S. 247.

[8]) Historisch-politische Blätter Bd. 102 S. 400—408.

[9]) Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 73 S. 389 ff.

Digitized by Google

äußerungsfreiheit gebühre, welche durch die Anerkennung eines dinglichen Rechts des Miethers bedeutend beeinträchtigt werde. Miether von Anstandsgefühl müßten sich mit der „vollsten" Leistung des Interesses nach „freiester" richterlicher Ueberzeugung begnügen. Einen ausreichenden Schutz gegen die Häuserspeculation gebe die Dinglichkeit der Miethe nicht.[10]) Gleichwohl will Hartmann das „Kauf bricht Miethe" ohne allzu tiefes Bedauern opfern.

Erfreulich ist dabei, daß auch Hartmann betont, daß Gründe der bloß formalen juristischen Construction und der bloßen größeren Einfachheit der römischen Regelungsweise hier nicht entscheiden dürften.

Auch Windscheid hat in seinem am 2. November 1888 in der Leipziger gemeinnützigen Gesellschaft gehaltenen Vortrage[11]) die Commission gegen den Vorwurf zu vertheidigen sich genöthigt gesehen, als ob sie sich nicht von dem römischen Dogma habe losmachen können. Constructionsschwierigkeiten hätten der Commission keine Schmerzen gemacht. Der ausschlaggebende Grund sei die Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gewesen. Dabei gesteht aber Windscheid zu, daß man darüber streiten könne, ob dieser Grund stark genug sei, um die Interessen des Miethers zu überwinden.

Jedenfalls wagt es niemand mehr zu vertheidigen, daß man bei Gesetzgebungsfragen die juristische Construction in den Vordergrund stellt, und das ist für die weitere Gesetzgebungsarbeit im Allgemeinen ein ganz unschätzbarer Gewinn.

Der sächsische Rechtsanwalt Opitz[12]) will den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" nicht auf diejenigen Fälle angewandt wissen, bei denen der Erwerber von dem Bestehen des Pachts Kenntniß gehabt hat oder haben mußte. Er meint, daß es sich grundsätzlich um ein Zusammentreffen von Rechten handele, bei dem die Rücksicht auf Treue und Glauben im Rechtsverkehr beachtet werden müsse. Ein Verkauf eines verpachteten Grundstücks in der Absicht, den Pächter zu schädigen, sei für beide Contrahenten eine „Schurkerei".

Im Zusammenhang damit möge ein brieflich seitens eines Anwalts aus

---

[10]) Aehnlich Krech, die Rechte an Grundstücken, Heft 14 von Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches S. 5 u. 6. Er will, um das Princip: „Kein dingliches Recht ohne Eintragung" undurchbrochen zu lassen, die Dinglichkeit des Pacht- und Miethrechts an die Eintragung knüpfen.

[11]) Leipziger Tageblatt vom 4. December 1888 Nr. 309 6. Beilage.

[12]) Gutachten über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, erstattet für den Landesculturrath des Königreichs Sachsen, S. 56 ff., 64.

Digitized by Google

den russischen Ostseeprovinzen gemachter Vorschlag erwähnt werden, welcher für den Fall der Annahme des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" den Erwerber dadurch schützen will, daß der Miether verpflichtet sei, dem entgeltlichen Erwerber auf dessen Aufforderung Auskunft über das Miethsverhältniß zu geben, widrigenfalls der Erwerber dasselbe für erloschen erklären könne.

Auch Bernhöft[13]) hat sich in seiner jüngst erschienenen Kritik des bürgerlichen Gesetzbuchs für den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" ausgesprochen, indem er dabei den auch in meinem Gutachten[14]) bereits betonten Umstand hervorhebt, daß der römische Miether genau besehen besser stand, als der gemeinrechtliche.

Eine ganz besonders werthvolle Unterstützung hat die Opposition gegen das „Kauf bricht Miethe" durch das kürzlich erschienene Werk R. von Iherings: „Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode" erfahren, indem Ihering sich nicht nur der Bekämpfung des Satzes anschließt, sondern auch wichtiges Material bezüglich der Erkenntniß und Würdigung des römischen Rechts in Bezug auf diesen Punkt beibringt.

1. Ihering sucht zunächst in einer höchst ansprechenden und, wenn auch nicht in dem allgemeinen Grundgedanken, so doch in der speziellen Ausführung, neuen Weise die schutzlose Stellung des römischen Miethers und Pächters im älteren römischen Recht zu erklären. Er geht aus von der in den Quellen wiederholt hervortretenden Gleichstellung von Miether und Sclaven (vgl. S. 317 meines früheren Gutachtens) und nimmt an, daß die Innhabung von Grundstücken und Mobilien des Gewalthabers durch den Hausunterthänigen der älteste Fall der Detention gewesen sei, bei welchem der Detentor sich in einem Mitbesitz von höchster Abhängigkeit und Schutzlosigkeit befand, während dem Hausherrn die volle Rechtsstellung des juristischen Besitzers verblieb. Dieses in possessione esse sei — worauf auch das licet is nostro juri subjectus non sit bei Gajus 4, 153

---

[13]) Kauf-, Mieth- und verwandte Verträge, Heft 13 von Bekker und Fischer, Beiträge S. 72. Gegen den Satz „Kauf bricht Miethe" erklären sich auch Bekker, System und Sprache, Heft 2 dieser Beiträge S. 85, und Zitelmann, die Rechtsgeschäfte, Heft 7 und 8 der Beiträge S. 73, ebenso Rubo in dem 30. Jahresbericht der Juristischen Gesellschaft in Berlin S. 33—35, sowie E. Fuchs, daselbst S. 50, 51, ferner besonders eingehend und nachdrücklich Jacobi, Immobiliar-Miethe und Pacht im Archiv für bürgerliches Recht 2 S. 30 ff., und, wenn auch mit Einschränkungen, Burckhardt, Zur Geschichte der locatio conductio S. 57, 58. Die von dem Letzteren gegen Gierke gemachte Bemerkung ist aber in keiner Weise zu rechtfertigen.

[14]) S. 327, 387.

Digitized by Google

hinweise, — von dem Falle der Hausunterthänigkeit auf die sich allmählich entwickelnde Miethe und Pacht übertragen, da es sich auch hier zunächst um ein Verhältniß zu untergeordneten, abhängigen Personen gehandelt habe, deren Stellung von derjenigen der heutigen Pächter und Miether ganz grundverschieden gewesen sei. Der inquilinus sei zunächst der persönlich abhängige Mitbewohner des Hauses gewesen, dem ein Nebenraum eingeräumt sei, der colonus ein Partialpächter, der zur Familie bezw. zum Gesinde[15]) gerechnet wurde. Sie seien ganz in den freien Willen, die Laune und Willkür des Eigenthümers gestellt gewesen, der sie nicht anders angesehen habe, als seine Kinder und Sclaven, und sie jederzeit habe an die Luft setzen können.[16]) Er habe ohne Rücksicht auf dieselben jederzeit verkaufen dürfen. Er sei dagegen gesichert gewesen, daß der Pächter den Besitz auf Andere übertrug, da der Pächter keinen Besitz hatte. Die Detention habe also dazu gedient, dem Verhältniß diejenige Gestalt zu geben, welche den kleinen Mann rechtlos machte und in die Hand des Reichen brachte. Die Tendenz, die Interessen der reicheren Klassen zu fördern, treffe schon für die ältere Zeit zu, sogar in weit höherem Maße, als für die spätere. Ein Correctiv habe nur in der patriarchalischen Sitte und in der Scheu vor der Gefährdung der eigenen socialen Stellung gelegen, so daß thatsächlich gewiß nur schlechte Pächter vertrieben seien.[17])

---

[15]) Man könnte an den heutigen Heuerling und Kathenmann denken.

[16]) Wem solche Verhältnisse unglaublich vorkommen, der wolle sich daran erinnern, daß noch heute die tenants at will in England und vor Allem in Irland (vergl. S. 424 meines früheren Gutachtens und Roscher a. a. O. §§ 64, 67) nicht viel anders stehen, da auch sie willkürlich ausgetrieben werden können. — Auch folgender naive Contract, der im Anfange dieses Jahrhunderts geschlossen und aus den Acten eines westfälischen Anwalts abschriftlich entnommen ist, dürfte ein ähnliches Verhältniß zur Voraussetzung haben: „Contract mit dem alten Werner. Als ich Wilhelm Buckes und sein Sohn Joseph Buckes, und der alte Werner will in meinem Hause bleiben, er muß raus, wenn der Canton-Beamte Sprenger hier bleibt, muß er raus; wenn er fortzieht nach Herford, so kann er rinn kommen der Werner für die Miethe, sonst muß er raus. Der Canton-Beamte hat gemiethet auf ein Jahr. Wenn er bezahlt, muß Werner raus, und er soll rinn bleiben, wenn der Sprenger rausbleibt. Wenn der Canton-Beamte einem anderen Canton-Beamten vermiethet, so muß er raus der Werner, und Sprenger soll rinn. Und die Miethe muß der Werner bezahlen, sonst muß er raus. Contract mit dem alten Werner, der muß rausziehen. Joseph Buckes." Der alte Werner sollte offenbar keine bessere Stellung bekommen, als der römische inquilinus.

[17]) Vgl. S. 101 ff., 267, 367, 432. So soll es sich auch in England verhalten.

Digitized by Google

In Gegensatz dazu bringt Ihering dann die mit Dinglichkeit und vollkommenem Rechtsschutz versehene Stellung des Pächters des ager vectigalis, des Emphyteuta und des Superficiars. Er zeigt, daß nicht das juristische Wesen, sondern der wirthschaftliche Zweck dieser Institute hier die veränderte rechtliche Stellung im Gefolge gehabt habe.[18])

2. In dem bekannten Streit über die Stellung des Miethers und Pächters gegenüber der rei vindicatio und dem interdictum uti possidetis des Eigenthümers (S. 318 f. meines früheren Gutachtens) schließt sich Ihering der herrschenden Meinung nur für die ältere Zeit an, indem er den Grund für die Versagung der exceptio conducti zugleich in der zersetzenden Methode des alten Processes findet. Dagegen nimmt er im Gegensatz zur herrschenden Meinung an, daß schon Marcellus in dem Bestande der Pacht eine iusta ac probabilis causa non reddendi gefunden habe. Den Widerspruch mit Papinian glaubt er durch die Annahme heben zu können, daß Papinian an ein bereits beendetes Pachtverhältniß gedacht habe.[19])

3. Ihering hat den m. E. völlig überzeugenden Nachweis geliefert, daß der von Paulus in fr. 37 D. de pign. act. 13, 7 für den Mangel des juristischen Besitzes bei dem Miether und Pächter angegebene Grund, quia conducenti non sit animus possessionem apiscendi, lediglich eine für das positive römische Recht unzutreffende Construction ist. Wenn nach römischem Recht einerseits selbst der übereinstimmende Wille von Eigenthümer und Miether den letzteren nicht zum juristischen Besitzer machen könne (fr. 10 D. de adq. vel. am. poss. 41, 2, S. 315 meines früheren Gutachtens), wenn andererseits ein Eigenthümer, welcher sich irrthümlich für den Pächter hält, den juristischen Besitz nicht verliert (fr. 21 D. de usurp. 41, 3), so ist evident, daß es sich nur um einen fingirten Willen handeln kann, den der Pächter haben muß, er mag wollen oder nicht, daß also in Wirklichkeit nicht der subjective animus domini, sondern die objective causa possessionis das Ausschlaggebende ist. Von diesem Standpunkte fällt dann auch auf die Regel nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest neues Licht.[20])

---

[18]) Vgl. S. 370 ff., 386, 434.

[19]) Vgl. S. 435—448. In den Kreis der Erörterungen werden auch c. 3, 32, 33 Cod. de loc. 4, 65 gezogen. Ein ganz sicheres Ergebniß läßt sich m. E. nach Lage der Quellen nicht gewinnen. Eine allmähliche Stärkung der Stellung des Miethers scheint aber höchst wahrscheinlich.

[20]) Vgl. S. 52, 287, 289, 332, 350, 352, 355, 357, 501. In Betracht kommen dabei noch fr. 28, 37 D. de acq. vel am. poss. 41, 2 und fr. 60 § 1 D. loc. 19, 2.

Digitized by Google

4. Ihering hat im Weiteren die schon in seinen früheren Schriften angenommene (S. 341 meines ersten Gutachtens) Ansicht über den inneren Unwerth der Anschauung, daß der Pächter nicht den Willen habe, die Sache für sich, sondern für den Vorgänger zu haben, näher ausgeführt. Die Annahme widerspreche dem thatsächlichen Verhältnisse schnurstracks. Jedermann mit gesunden Sinnen wisse, daß der Pächter das Gegentheil wolle, nur der wissenschaftliche Hypnotismus könne das verkennen. Der gemeine Mann würde, wenn ein Jurist ihm den Besitzwillen abspräche, glauben, daß derselbe seinen Spott mit ihm treiben wolle oder nicht ganz bei Sinnen sei. Er wolle sich für geschlagen erklären, wenn unter Millionen Pächtern nur einer sagen würde, daß er die thatsächliche Gewalt für den Besitzer und nicht für sich haben wolle.

Vom Standpunkte der Willenstheorie würde man im Pächter den juristischen Besitzer, im Precaristen den Detentor vermuthen müssen. Hätte nicht das positive römische Recht den Pächter auf die Detention beschränkt, so würde jeder Jurist die Behauptung, daß der Pächter das Grundstück nicht für sich haben wolle, als eine unsinnige zurückgewiesen haben, die gar keiner Widerlegung werth sei.

Es gehöre die durch die vermeintliche Zwangslage der römischen Besitztheorie herbeigeführte und dem Juristen zur zweiten Natur gewordene Entwöhnung von gesundem Denken dazu, um zu verkennen, daß der gemeine Mann im Recht, der Jurist im Unrecht sei. Der Grund komme auf Rechnung einer ungesunden Begriffsjurisprudenz, die vor den unsinnigsten Behauptungen nicht zurückschrecke, wenn es gelte, ein Verhältniß unter die ihrer Ansicht nach durch technische Gründe gebotene juristische Schablone zu bringen.[21])

5. Ihering sagt dann bezüglich der römischen Detention im Allgemeinen:[22]) „Der römische Detentionsbegriff in seiner ursprünglichen Gestalt hat die geschichtliche Probe nicht bestanden, er zählt nicht zu den gesunden, lebensfähigen, kernigen Gedanken des römischen Rechts, die ihre Gesundheit und Lebenskraft darin bewähren, daß sie zunehmen, wachsen, gedeihen, nicht zu den unvergänglichen, denen die Kritik der Nachwelt nichts anzuhaben vermocht hat, sondern zu den mißlungensten Gedanken, welche die Geschichte des römischen Rechts zu verzeichnen hat,

---

[21]) Vgl. S. 74, 163 ff., 271, 309 ff., 501 ff. Vgl. dazu Fischer, Recht und Rechtsschutz, Heft 6 von Bekker und Fischer, Beiträge, S. 68 ff.

[22]) S. 464.

Digitized by Google

— ein Spiegelbild der unvollkommenen wirthschaftlichen Zustände und der rohen Gesinnungsweise der alten Zeit, und darum von vornherein dem Loose geweiht, das er verdiente, d. i. nicht fortzuschreiten, zu wachsen, zu gedeihen mit der Entwickelung des wirthschaftlichen Lebens und des Rechtsgefühls, sondern sich mehr und mehr vor ihr zurückzuziehen und ihr schließlich gänzlich zu erliegen."

Deshalb ist Ihering[23]) auch der Ansicht, daß die Aufnahme der römischen Besitztheorie nur möglich war um den Preis einer schweren Schädigung des einheimischen Rechts und einer Mißachtung des nationalen Rechtsgefühls. „Wir Deutsche vor allen haben die römische Besitztheorie theuer bezahlen müssen. Nach deutschrechtlicher Auffassung hatte der Pächter die Gewere, er war also vollständig gesichert, der Eigenthümer konnte ihn nicht vertreiben, Kauf brach nicht Pacht. Dieser gesunde Gedanke der Gewere des Pächters machte der römischen Detention Platz, die Juristen machten die Entdeckung, daß es dem Pächter an dem richtigen Besitzwillen fehle, und daß er darum nur Detentor, nicht Besitzer kein könne. Damit war sein Loos besiegelt, es ward das des römischen Pächters zur Zeit der uneingeschränkten Geltung der römischen Besitztheorie, den der Grundherr beliebig vertreiben durfte, und den man dem uti possidetis desselben gegenüber mit seinen Ansprüchen auf die Contractsklage verwies." „So wurden denn mit dem römischen Recht die neueren Völker mit dem Schlechtesten, das es vielleicht je hervorgebracht hat: dem Detentionsbegriff in Anwendung auf das selbstnützige Besitzverhältniß, beschenkt. Sie mußten sich von den Juristen sagen lassen, daß Jeder, der die Sache nicht als oder wie ein Eigenthümer inne habe, und dem das römische Recht nicht ausnahmsweise dennoch den Besitzesschutz zuerkannt habe, auf letzteren keinen Anspruch habe, daß der Detentor in Bezug auf sein Besitzverhältniß ein vogelfreier Mann sei."

6. Bei diesen Anschauungen versteht es sich ganz von selbst, daß Ihering[24]) sich „dem nahezu einstimmigen Widerspruch, der sich gegen die Aufnahme des Satzes „Kauf bricht Miethe" in dem Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs erhoben hat, mit ganzem Herzen anschließt". An die Darstellung der Verbesserungen, welche die Stellung des Miethers und Pächters bereits im neueren römischen Recht erfahren hat, anknüpfend, bemerkt er: „Es blieb der romanistischen Theorie vorbehalten,

---

[23]) S. 457 f.
[24]) S. 450.

Digitized by Google

in befangener Hingabe an die altrömische Besitzidee ihren Blick gegen den gesunden Fortschritt, den das spätere Recht gemacht hat, zu verschließen und uns in jenem Satz einen Rest der römischen Urzeit heraufzubeschwören, der dem damaligen rohen Rechtsgefühl entsprechen mochte oder richtiger dem Recht nur durch das sociale Uebergewicht der besitzenden Klassen über die ärmeren aufgezwungen worden, der aber bereits im späteren Rom dem geläuterten Rechtsgefühl erlegen ist und mit unserem heutigen Rechtsgefühl meines Erachtens in ebenso grellem Widerspruche steht wie mit unseren wirthschaftlichen Verhältnissen. Kämen die Byzantiner heute zurück, sie würden sich wundern, was aus ihrem ius pulchrum geworden ist, während ein Römer aus der Urzeit freilich seine Freude daran haben würde." — „Wer die Gestalt des Pacht- und Miethverhältnisses im alten Rom mit der heutigen vergleicht, sich die sociale Lage der im alten Rom auf dasselbe angewiesenen Bevölkerungsklasse und das verschwindend geringe wirthschaftliche Interesse, das sich dort an eine vorzeitige Lösung desselben knüpfte, auf der einen Seite vergegenwärtigt und auf der anderen die eminente, sowohl sociale wie wirthschaftliche Bedeutung beider Verhältnisse im heutigen Leben (Wohnungsmiethe in großen Städten als Ersatz des eigenen Hauses auch für die höchsten Bevölkerungsklassen — Pachtungen mit einem Pachtzins von 75 000 Mk. und darüber und einem Betriebscapital von 150- bis 200 000 Mk. — Geschäftslocale, deren Ausnutzung während bedungener Miethzeit wegen des erlangten Rufs und der Kundschaft einen enormen Capitalwerth repräsentirt) — kurz, wer sich dies vergegenwärtigt, wird ebenso wenig darüber im Zweifel sein, daß und warum es den Römern möglich war, mit dem Satz: „Kauf bricht Miethe" auszukommen, als darüber, daß und warum es uns nicht möglich ist."

Insbesondere hält er auch[25]) den vom Standpunkte der romanistischen Theorie aus höchst anstößigen Satz, daß der Käufer activ und passiv in das Obligationsverhältniß des Verkäufers zum Verpächter succedire, vom praktischen Standpunkte aus für die allein richtige Gestaltung des Verhältnisses.

Eine unerwartete Unterstützung ist dem Grundsatze „Kauf bricht Miethe nicht" endlich durch eine Ausführung der Motive zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich erwachsen, welche namentlich bei der Frage nach den Modificationen im Falle der Subhastation zu berücksichtigen sein wird. Die Motive

[25]) S. 463.

Digitized by Google

sagen zu Art. 109 (S. 268): „Die bestehenden Miethrechte und Pachtrechte mit dinglicher Wirksamkeit haben, obwohl nicht durch Eintragung öffentlich kundbar gemacht, im bisherigen Rechtszustande zu keiner wesentlichen Gefährdung des Realcredites geführt."

Die deutschen Volkswirthe haben sich, soviel mir bekannt geworden ist, ohne Ausnahme für den Beschluß des Juristentages ausgesprochen. Einige Nationalökonomen sagten mir, daß ihre Stellung sich ganz von selbst verstehe.

Von den Kundgebungen aus den Kreisen der Interessenten möchte ich zunächst eine briefliche Ausführung eines Großgrundbesitzers und parlamentarischen Führers hervorheben, daß auch die Gutsverpächter ein dringendes Interesse an der Erhaltung des Grundsatzes „Kauf bricht die Pacht nicht" hätten. Um gute Pächter zu erhalten und das Gut vor Raubbau zu schützen, müsse man dem Pächter eine gegen willkürliche Beunruhigungen gesicherte Stellung geben.[26])

Der Deutsche Landwirthschaftsrath hat sich dementsprechend auch am 19. März 1889 dahin ausgesprochen, daß im bürgerlichen Gesetzbuche des Deutschen Reiches an Stelle des im § 509 des Entwurfes enthaltenen Grundsatzes „Kauf bricht Miethe (Pacht)" der Grundsatz angenommen werde, daß im Falle der rechtsgeschäftlichen Uebertragung des Eigenthums eines verpachteten Grundstücks an einen Dritten dieser verpflichtet sei, den Pachtvertrag bis zum Ablauf der vertragsmäßigen Pachtzeit zu halten.

Bei den — übrigens sämmtlich gemeinrechtlichen Gebieten angehörigen — Gegnern der Resolution, welche an dieser Stelle zahlreicher, als man hätte erwarten sollen, auftraten, spielte wiederum das Argument eine Rolle, daß der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" zu schwarz gemalt werde, daß er praktisch nicht so schlimm sei. Nun handelt es sich aber doch nicht um die Frage, ob jener Grundsatz allenfalls erträglich ist, sondern darum, ob dieser Satz oder, bei völliger Wahrung der Vertragsfreiheit, die entgegengesetzte Regelung als normal zu empfehlen ist. Daß ehrliche Leute auch unter Gesetzen, welche die speculative Unehrlichkeit begünstigen, ehrlich gehandelt haben und ehrlich

---

[26]) Vgl. auch die Landwirthschaftliche Vereinsschrift des Baltischen Centralvereins, 1888 S. 382, sowie die Ausführungen Bd. 2 S. 238, Bd. 3 S. 65, 66 der Verhandlungen des 19. Juristentages, ferner Blomeyer, Pachtrecht und Pachtverträge, S. 123, 244 ff., 255 ff., dessen Stimme gegen den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" um so mehr Beachtung verdient, als der Verfasser unter der Herrschaft dieses Grundsatzes lebt und seine Erfahrungen gesammelt hat.

Digitized by Google

handeln werden, daß das Leben, wie ohne Hülfe der Jurisprudenz, so auch ohne Hülfe der Gesetzgebung „sich einigermaßen durchzuschlagen weiß“,[27]) kann die Vorzüglichkeit solcher Gesetze nicht darthun.

Auch der zu Erfurt am 20. und 21. August 1888 tagende 10. Verbandstag des Centralverbandes der Haus- und städtischen Grundbesitzer-Vereine Deutschlands hat in einer einstimmig gefaßten Resolution erklärt, „daß er kein Interesse daran habe, daß der von dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich angenommene Grundsatz „Kauf bricht Miethe“ wirklich zum Gesetz erhoben werde.[28]) Sämmtliche 15 Redner, welche bei der Berathung auftraten, sprachen sich gegen den Grundsatz „Kauf bricht Miethe“ aus. Der Berichterstatter führte aus, das Grundeigenthum sei kein Speculationsobject, es diene zur reellen dauernden Anlage von Capitalien. Dauernde Miethsverträge würden durch jenen Grundsatz illusorisch gemacht, Schwankungen würden eintreten, das Vertrauen sei gefährdet. Schadensprocesse würden massenhaft erfolgen. Ein anderer Redner führte aus, er halte es für einen großen Irrthum, wenn man annehme, daß der genannte Grundsatz im Interesse des Haus- und Grundbesitzers liege. Er glaube vielmehr, daß derselbe eine erhebliche Schädigung und Behinderung des freien Geschäftsverkehrs herbeiführen könne. Von zwei Seiten forderte man die angenommene Resolution deshalb, um der Agitation, die man im Gegenlager gegen die Hausbesitzer richte, die Spitze abzubrechen, und damit der Verband nicht beschuldigt werde, als sei er für den Grundsatz „Kauf bricht Miethe“.

Dieses Ergebniß macht in der That dem Verbande der Hausbesitzer alle Ehre. Er hat dadurch gezeigt, daß er mit der wilden Häuserspeculation, welche allein an dem angefochtenen Grundsatz ein Interesse hat, nichts zu thun haben will.

Diese Kundgebung, welche der letzte noch in Betracht kommende Kreis achtbarer Interessenten gegen den Grundsatz gerichtet hat, zeigt zugleich, daß derselbe nur dadurch in den Entwurf hat gelangen können, daß die Commission sich während ihrer 13jährigen Thätigkeit von jeder Berührung mit dem praktischen Leben ferngehalten, und — trotz Windscheid's entgegengesetzter Versicherung — rein theoretische Erwägungen, Constructionsfragen in den Vordergrund gestellt hat.

---

[27]) Vgl. Bähr, zur Besitzlehre, S. 340.

[28]) Deutsche Städtezeitung, Jahrgang 3, Nr. 1 v. 29. Dezember 1888.

Digitized by Google

Die Sache steht also gegenwärtig so, daß die Beibehaltung der Regelung des Entwurfs praktisch nur noch von Solchen empfohlen werden kann, welche das Scheitern des Gesetzgebungswerkes wünschen.

Im Anschluß an diese Darlegung über den gegenwärtigen Stand der Hauptfrage möge es mir gestattet sein, einige Berichtigungen und, namentlich durch die inzwischen erwachsene Literatur veranlaßte, Zusätze zu meinem früheren Gutachten zu geben.

S. 312 Z. 2 v. u. ist zuzusetzen: Eisenhart, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern, 3. Ausgabe S. 290 ff.

S. 314 Z. 2 v. u. ist zuzusetzen: So auch Ihering, Besitzwille S. 347.

S. 316 Z. 10 v. u. ist zuzusetzen: Bähr, zur Besitzlehre S. 272, Ihering, Besitzwille S. 49, 435.

S. 317 Z. 14 v. u. (in der Mitte) ist zuzusetzen: Ebenso Marquardt, Ueber das Verhältniß des Conductor zum Locator bei Veräußerung der Sache nach römischem Recht S. 4.

S. 317 Z. 2 v. u. ist zuzusetzen: Vorübergend hat die l. 4 Cod. Theod. unde vi 4, 22 eine Vertretung des abwesenden Besitzers durch den Pächter in der Weise eingeführt, daß in Fällen der Besitzentziehung der Richter auch auf Anzeige des Pächters einschritt. Vgl. Ihering, Besitzwille S. 451 ff.

S. 318 Z. 1 v. u. ist zuzusetzen: Wie Wendt auch Marquardt a. a. O. S. 26 ff. Vgl. auch Bähr, zur Besitzlehre S. 338.

S. 319 Z. 7 v. u. ist statt „Miethrecht" „Miethsrecht" zu lesen.

S. 320 Z. 8 v. u. ist zuzusetzen: Neue Interpretationsversuche der genannten Stellen, des fr. 3 § 3 D. possidetis 43, 17 und des fr. 12 D. de prec. 43, 26 bei Marquardt a. a. O. S. 10 ff.

S. 320 Z. 5 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. auch das in c. 34 Cod. eod. tit., freilich für beide Theile, statuirte Rücktrittsrecht innerhalb des ersten Jahres.

S. 320 Z. 4 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. auch fr. 27 pr. eod. tit.

S. 321 Z. 7 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. auch J. C. Ludewig, de emtore non stante locationi antecessoris, Göttingen 1762 S. 24 f.

S. 323 Z. 11 v. o. ist statt „dafür" „für das Gegentheil" zu lesen.

S. 323 Z. 21 v. u. ist der Punkt hinter prohibetur zu streichen.

S. 325 Z. 8 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. auch Marquardt a. a. O. S. 19 ff, Seuffert, Archiv 39, 8.

Digitized by Google

S. 325 Z. 1 v. u. ist zuzusetzen: Marquardt a. a. O. S. 23 ff.; Bähr, zur Besitzlehre S. 337, 338.

S. 327 Z. 15 v. u. ist statt „plusiones" „pensiones" zu lesen.

S. 328 Z. 2 v. o. ist zuzusetzen: Freilich konnte auch der nichtbesitzende Eigenthümer in classischer Zeit mit der rei vindicatio schließlich auch nur die litis aestimatio durchsetzen; s. o. S. 314 Anm. 10. Vgl. auch Bernhöft a. a. O. S. 73.

S. 329 Z. 12 v. u. ist zuzusetzen: Wächter, des Superficiar- oder Platzrecht.

S. 330 Z. 17 v. u. ist statt „die" „nach" zu lesen.

S. 335 Z. 14 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. ferner J. C. Ludewig a. a. O. S. 6.

S. 336 Z. 9 v. o. ist hinter „von" „den" einzuschalten.

S. 341 Z. 1 v. o. ist zuzusetzen: Aehnliche Anschauungen auch bei Bähr, zur Besitzlehre, insbes. S. 268, 294.

S. 341 Z. 17 v. o. zu Anfang fehlen Anführungszeichen.

S. 348 Z. 7 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. auch Marquardt S. 28 ff.

S. 349 Z. 4 v. u. ist „Erforderniß" zu lesen.

S. 349 Z. 1 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. jetzt auch C. Burckhardt, Zur Geschichte der Locatio-conductio.

S. 350 Z. 17 v. o. ist zuzusetzen: Vgl. auch Brunner in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 39.

S. 351 Z. 23 v. u. ist statt „Es" „Er" zu lesen.

S. 352 Z. 15 u. 16 v. o. ist statt „unentgeltlichen" „entgeltlichen" zu lesen.

S. 354 Z. 18 v. o. ist zuzusetzen: Der insularius könnte also etwa mit dem russischen Dwornik verglichen werden.

S. 353 Z. 1 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. Eck in den Verhandlungen des 19. Juristentages, S. 236, 237.

S. 358 Z. 15 v. u. ist statt „Richtsteigs Landrecht" zu lesen „Richtsteig Landrechts".

S. 363 hinter Z. 11 v. o. ist einzuschalten:

1a. Greifswalder Rathsbeschluß von 1322 (die Stadt war damals noch nicht 100 Jahre alt): Preterea statuimus, quod si aliquis nostrorum civium hereditatem conduxerit, seu convenerit ab altero ad aliquod tempus deputatum, et si ille qui locaverit hereditatem posthec vendiderit eandem, talis vendicio hujus modi locationem infringere non debebit, nec obstante ipsa vendicione ille qui conduxit et convenit ipsam hereditatem, debet apud eam manere, et eam inhabitare quamdiu ipsam

Digitized by Google

convenit seu conduxit. (Vgl. Kosegarten, Pommersche und Rügische Geschichtsdenkmäler 1 S. 142.)

In späterer Zeit ist in Greifswald der entgegengesetzte Grundsatz zur Anerkennung gelangt.

S. 369 Z. 5 v. u. ist nachzutragen: Die Handschrift befindet sich, wie ich endlich mit Hülfe der Bibliotheksverwaltung zu Groningen ermittelte, jetzt im Besitze des Herrn Ober-Regierungsraths a. D. Freiherrn von Richthofen zu Jenkau in Schlesien. Da derselbe indeß weder geneigt ist, die Handschrift zum Vergleiche nur einer Lesart der Post anzuvertrauen, noch eine Auskunft über die Lesart zu ertheilen, so muß die Frage nach der Lesart der Handschrift vor der Hand offen bleiben.

S. 370 Z. 2 v. o. ist statt „1567" „1667" zu lesen.

S. 371 Z. 6 v. o. ist zu setzen: Ebenso die Rechtsordnung und Reformation von 1582.

S. 372 Z. 8 v. o. ist statt „der" dem" zu lesen und Z. 10 v. o. zuzusetzen: „Wo aber ein Contract auf gewisse Zahl der Jahre eingegangen, so muß der locator demselben nachleben und hat nicht Macht, vor Ausgang der Jahre solches einem andern zu verkaufen." Die Stelle gehört also zu den Belegen für „Kauf bricht nicht Miethe".

S. 372 Z. 2 v. u. ist zuzusetzen: Aehnlich schon das gemeine Landrecht v. 1591.

S. 373 Z. 8 v. o. ist zuzusetzen:

Das kurfürstlich brandenburgische revidirte Landrecht des Herzogthums Preußen von 1685 bestimmt Buch 4 Tit. 8 Artikel 2 § 12: „Da sich auch zutrüge, daß in währendem Beständnüß oder Miete der Locator und Vermieter das bestandene Hauß verkaufft, sol der Käuffer Macht haben den Mieter außzutreiben, und ist die Miete (als ein singularis Successor) zu halten nicht schuldig: Es wäre dann im Kauff anders ausgedinget, und wird alles, das hie oben von Ursachen, warumb ein Conductor oder Miether außzutreiben, gemeldet worden, verstanden, so der Mietsmann auff eine kleine Zeit bestanden oder gemietet. Dann so die Miete auff lange und viel Jahr gerichtet oder gestellet, welches doch unter zehen Jahr nicht zu verstehen, hat solch Außtreiben vor der Zeit nicht statt; Alldieweil derjenige, so auff eine lange Zeit etwas gemietet, eine sondere Gerechtsam auff dem bestandenen Gut bekommen und erlanget hat."

Das Badische Landrecht von 1710 Tit. 5 bestimmt: „Da auch der Verleyher das bestandene Hauß in währender Beständnüß verkaufft, so soll der Käuffer nicht verbunden seyn, den Bestand zu halten und den

Digitized by Google

Beständer bis zu Ausgang des Bestands im Haus zu dulden, es wäre denn im Kauff ein solches ausdrücklich ausgedingt worden."

S. 373 Z. 11 v. u. ist zuzusetzen: Churpfalz bey Rhein Erneuert und verbessertes Landrecht v. 1700 verordnet: „Da auch der Verleiher das bestanden Hauß in währender Beständnuß verkaufft, soll der Käuffer Macht haben, den Beständer außzuweisen und den Bestand nicht zu halten."

S. 374 Z. 15 v. o. ist zuzusetzen: Das bayerische Landrecht v. 1760 hatte Tit. 17, Art. 5 bestimmt: „Verkaufft denn der Herr das Hauß, ist zwar der Bestandtmann (Er hette ihm denn ein anders bedingt, und das Haus deretwegen zum Unterpfandt vorbehalten) auszuziehen schuldig, doch soll von dem Herrn als Verkäufern, dem Käuffer, das ihme Bestandtmann biß auf die Stiftzeit sitzen lasse, angezeigt, oder aber ihme die verursachte Schäden erstattet werden."

S. 374 Z. 16 v. u. ist zuzusetzen:

Statut und Willkühr von Mühlhausen Buch 3 Art. 47 verordnet: „So der Herr das vermiethete Hauß, Gemach, oder Guth, in Zeit der Miethe verkauft oder verändert und also der Miether auszuziehen gedrungen wird, so soll ihm der Herr eine andere bequeme Wohnung verschaffen, oder sich sonst mit ihm nach Erkänntnis vertragen, es wäre denn solches in der Miethe klärlich vorbehalten."

Ferner Statut der Stadt Lauenburg Th. III. § 8 Satz 1: Wann einer in einem Hause wohnet, und das Hauß oder Bode verkauffet würde, ehe die Miethzeit um, soll der Mieter oder Käuffer weichen, doch daß er ein viertheil Jahr Frist habe, sich um eine andere Wohnung umzusehen. (Vgl. Pufendorf, Observationes, III. App. p. 329.)

S. 375 Z. 3 v. u. ist zuzusetzen: Die jetzt herrschende Auffassung findet sich schon bei Kramer, Wetzlarische Nebenstunden, Thl. 33 Nr. 3 S. 29. Gegen dieselben polemisirt Eisenhart, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, 3. Aufl. S. 392. Auch J. C. Ludewig l. c. p. 90 faßt die Stelle im entgegengesetzten Sinne auf.

S. 376 Z. 18 v. o. ist zuzusetzen: Brunner, a. a. O. Bd. 3 S. 39 erinnert hierbei daran, daß eine friesische Wehrgeldordnung von 1504 den Heuerleuten gleich den Halbfreien nur das halbe Wehrgeld des freien Hausmannes giebt.

S. 378 Z. 1 v. u. ist nachzutragen: Ebenso das Hadelner Landrecht von 1583 tit. XV; s. o. S. 371.

S. 379 Z. 2 v. o. ist zuzusetzen: Reichhaltige ältere Literatur bei J. C. Ludewig, de emtore non stante locationi antecessoris, Göttingen 1762.

Digitized by Google

S. 379 Z. 11 v. o. ist zuzusetzen: Auch der heute ganz allgemein anerkannte Satz, daß der Vermiether sich gegen den Miether des Hausfriedensbruchs schuldig machen kann (Vgl. Olshausen, Commentar zu § 123 St.G.B.) steht mit der römischen Auffassung durchaus in Widerspruch.

S. 380 Z. 15 v. u. ist zuzusetzen: Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 37, Bähr, zur Besitzlehre S. 301, 306, 338.

S. 380 Z. 5 v. u. ist zuzusetzen: Neben der Spolienklage wird dem Pächter auch das possessorium summariissimum gegeben. Vgl. Ihering, der Besitzwille, S. 458 ff.

S. 381 Z. 12 v. o. muß mit dem Worte „Zur" ein neuer Absatz beginnen.

S. 382 Z. 4 v. u. ist zuzusetzen: Ludewig l. c.

S. 383 Z. 4 v. u. ist zuzusetzen: Ludewig l. c. p. 46 ff.

S. 383 Z. 3 v. u. ist statt „Streuben" „Struben" zu lesen.

S. 384 Z. 1 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. auch Bähr, zur Besitzlehre S. 339.

S. 387 Z. 4 v. o. ist statt „treten" „traten" zu lesen.

S. 387 Z. 13 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. zu diesem Landtagsabschiede Arnold, das Miethwesen nach dem bayerischen Landrecht, 7. Aufl. S. 118, und die Abhandlung von Briel in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, 7. Ergänzungsband S. 273—282. Briel nimmt mit Recht gegen Arnold an, daß die Kündigung nicht zum nächsten Ziele zu erfolgen braucht. — Die Bestimmung gilt auch im Falle der Subhastation (Ortenau, Commentar zur bayerischen Subhastationsordnung).

S. 388 Z. 12 v. o. ist zuzusetzen: Ueber die „bornirte, formalistische" Rechtspflege in Schadensersatzprocessen vgl. jetzt auch Mataja, das Recht des Schadensersatzes, und dazu Grünberg in der Kritischen Vierteljahrsschrift 31 S. 247.

S. 388 Z. 12 v. u. ist zuzusetzen: Vgl. Bernhöft a. a. O. S. 74.

S. 389 Z. 12 v. u. ist zuzusetzen: Ludewig l. c. p. 38 und Z. 4 v. u.: Ludewig l. c. p. 36.

S. 390 Z. 10 v. u. ist zuzusetzen: Ludewig l. c. p. 41.

S. 391 Z. 2 v. o. hinter „kurtrierischen" ist zuzusetzen: „und herzoglich preußischen".

S. 391 Z. 12 v. u. ist zuzusetzen: Ludewig p. 38ff. Letzterer statuirt p. 41 auch eine Bevorzugung des Pächters, welcher einen Eisenviehcontract abgeschlossen hat.

Digitized by Google

S. 391 Z. 4 v. u. ist zuzusetzen: vgl. Wächter, Superficiar- oder Platzrecht § 4 I, 3.

S. 391 Z. 1 v. u. ist zuzusetzen: Ludewig p. 45.

S. 393 Z. 10 v. u. ist zuzusetzen: Eine besondere Modification bestand auch zu Gunsten der Angehörigen des Reichskammergerichts in Wetzlar. Sie durften aus den, vor der Verlegung des Reichskammergerichts nach Wetzlar von den Bürgern zu ihrer Beherbergung angebotenen Häusern („Listen-Häuser") im Falle eines Verkaufs nicht eher ausgetrieben werden, bis ihnen eine ebenso passende Wohnung beschafft war. Vgl. Ludewig l. c. p. 89.

S. 394 Z. 13 v. u. ist zuzusetzen: Bezüglich der österreichischen Praxis vgl. Jolles, Kauf bricht Miethe, im Oesterr. Centralblatt VII, 1.

S. 396 Z. 17 v. o. ist statt „verkaufet" „erkaufet" zu lesen.

S. 398 Z. 15 v. o. ist zuzusetzen: „Ueber die Gründe s. Werner, Materialien III, S. 20.

S. 398 Z. 18 u. 19 v. u. ist statt „Vermiether" „Miether" zu lesen.

S. 399 Z. 3 v. u. ist zuzusetzen: Eccius a. a. O. S. 189 A. 137.

S. 400 Z. 12 v. o. ist zuzusetzen: „Vgl. Pensum XIII u. XIV, Motive S. 49, 50, 101.

S. 400 Z. 16 v. u. ist zuzusetzen: Ueber die Vorgeschichte dieser Bestimmung vergl. Seng, die Sachmiethe nach dem code civil S. 50ff.

S. 407 Z. 11 v. o. ist statt „Grundbruch" „Grundbuch" zu lesen.

S. 408 Z. 16 v. o. ist zuzusetzen: „und Petersen in den Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 3 S. 49, 50".

S. 426 Z. 9 v. u. ist statt „zwei" „drei" zu lesen.

S. 426 Z. 6 v. u. ist statt „Nr. 3" „Nr. 5" zu lesen und zuzufügen: „in Verbindung mit Art. 24, 25, 27, nach welchen die eingetragenen Titel vom Zeitpunkte der Eintragung an auch jedem bei dem Acte betheiligt gewesenen Dritten, insbesondere auch den privilegirten, aber nicht schon vorher eingetragenen Gläubigern entgegensteht. Vgl. Molina §§ 2634, 2644, 2645, 2647".

S. 427 Z. 6 v. u. ist zuzusetzen: „Das spanische Recht hat inzwischen eine völlige Umgestaltung erfahren, indem das bisher auf dem alten, nur subsidiären und im Wesentlichen römisches Recht enthaltenden Gesetzbuche der Partidas beruhende Privatrecht durch den kürzlich zu

Digitized by Google

Stande gekommenen codigo civil español neu codificirt ist. Die ley Hipotecaria vom 8. Februar 1861 ist aber mit den durch das Gesetz vom 21. December 1869 getroffenen Abänderungen daneben in Kraft geblieben. Im Anschluß an dieses Gesetz bestimmt nunmehr der codigo: Art. 1549. Con relación á terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la propriedad.

(In Beziehung auf Dritte haben diejenigen Vermiethungen von Grundstücken keine Wirkung, welche nicht der gesetzlichen Vorschrift entsprechend in dem Eigenthumsregister eingetragen sind.)

Die Bestimmung entspricht der allgemeinen Regel des art. 606. Los titulos de dominio ó de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos ó anotados en el Registro de la propriedad, no perjudica á tercero.

(Eigenthumstitel oder andere dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen, welche nicht der gesetzlichen Vorschrift entsprechend in dem Eigenthumsregister eingetragen oder vermerkt sind, stehen Dritten nicht entgegen.)

In Verbindung mit dem Erforderniß der Eintragung, für welche art. 3 der ley hipotecaria eine öffentliche Urkunde verlangt, steht auch

art. 1280. Deberán constar en documento público:

1º. . . . .

2º. Los arrendamientos de estos mismos (inmuebles) bienes por seis ó más años, siempre que deban perjudicar á tercero.

(Eine öffentliche Urkunde ist erforderlich:

2) Für Vermiethungen von unbeweglichen Sachen auf 6 oder mehr Jahre, sofern sie einem Dritten entgegenstehen sollen.)

Den generellen Grundsatz über den Einfluß einer Veräußerung auf den Bestand der Miethe bringt dann art. 1571. El comprador de una finca arrenda da tiene derecho á que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

(Der Erwerber eines vermietheten Grundstücks hat das Recht, während der Dauer der Miethe den Kauf zur Erfüllung zu bringen, unbeschadet eines entgegenstehenden Vertrages und der Bestimmung in dem Hypothekengesetze.

Digitized by Google

Wenn der Erwerber von diesem Rechte Gebrauch macht, so kann der Miether verlangen, daß man ihn die Früchte der dem laufenden Wirthschaftsjahr entsprechenden Ernte nehmen läßt, und daß der Verkäufer ihn wegen der verursachten Schäden und Verluste schadlos hält.)

Für den Fall eines Wiederkaufsrechts bestimmt speciell art. 1572. El comprador con pacto de retraer no puede usar de la facultad, de desahaciar al arrendatario hasta que haya concluido el plazo para usar del retracto.

(Der Erwerber unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs kann von dem Rechte den Miether auszutreiben keinen Gebrauch machen, bis die Frist von dem Wiederkauf Gebrauch zu machen, abgelaufen ist.)

Modificationen für den Fall der Zwangsversteigerung sind nicht zu verzeichnen.[29])

S. 429 Z. 3 v. o. ist statt „nichteuropäischen" „westeuropäischen" zu lesen.

S. 430 Z. 23 v. o. ist zuzusetzen: „Zum Zwecke von Moorculturen sind in jüngster Zeit sogar 80jährige Pachtverträge über große vom Pächter urbar zu machende Moore abgeschlossen. Ohne Schutz gegen Entziehung durch Veräußerung würden solche Culturarbeiten unterbleiben müssen, ebenso wie im Mittelalter ohne die dingliche Leihe zu Waldrecht (s. o. S. 356) manches Stück deutschen Bodens zunächst nicht urbar gemacht sein würde".

S. 432 Z. 12 ist zuzusetzen: „Außerdem ist in Betracht zu ziehen, daß sich ein großer Theil der Pachtgüter im Eigenthum des Fiscus, von Städten, Universitäten, Kirchengemeinden und öffentlichen Corporationen und Stiftungen befindet oder zu Fideicommissen gehört, und in allen diesen Fällen von einer Gefährdung durch den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" kaum die Rede sein kann".

S. 433 Z. 9 v. o. ist zuzusetzen: „Vergl. auch Eck a. a. O. S. 240. 241.

S. 439 Z. 14 v. o. ist hinter „insgesammt" „nur" einzuschalten

S. 446 Z. 12 v. o. muß mit dem Worte „Der" ein neuer Absatz beginnen.

Der 19. Deutsche Juristentag hatte in seiner Beschlußfassung die Empfehlung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" ausdrücklich auf

---

[29]) Herrn Professor Mathiaß habe ich wiederum für freundliche Unterstützung herzlich zu danken.

Digitized by Google

den Fall „einer freiwilligen Uebereignung der Sache, die dem Miether oder Pächter bereits vorher überlassen war", beschränkt. Es ist dies, wie der Referent darlegte, deshalb geschehen, weil die Frage, wie es im Falle einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung zu halten sei, außerhalb der damals gestellten Frage lag, und weil dieselbe nicht in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches geregelt, sondern einem besonderen Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen vorbehalten ist. Daß der Beschluß nicht etwa der Ansicht Ausdruck geben solle, es habe für den Fall der Subhastation der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" zu gelten, daß die Frage vielmehr lediglich offen bleibe, wurde dabei besonders hervorgehoben.

Auf der anderen Seite führte der Referent gegen die Motive zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches in ebenso drastischer wie überzeugender Weise aus, daß die etwa abweichende Regelung im Falle der Subhastation keine Rückwirkung auf den der freiwilligen Veräußerung haben dürfe.[30])

In den Gutachten und bei der Debatte ist gleichwohl die Frage nach der Einwirkung der Zwangsversteigerung auf Pacht und Miethe gestreift worden.

Die drei Gutachten waren übereinstimmend der Ansicht, daß die reine Durchführung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" in diesem Falle den Immobiliarcredit gefährde.[31])

Meibom[32]) will voreingetragene Miether und Pächter unbedingt schützen, im Uebrigen Kündigungs- und Räumungsfristen gewähren.

Eck[33]) scheint bei der von ihm vorgeschlagenen Beschränkung der Wirksamkeit von Miethsverträgen mit mehr als fünfjähriger und Pachtverträgen von mehr als zwölfjähriger Dauer hauptsächlich an den Fall der Zwangsversteigerung gedacht zu haben.

Der Referent wie der Correferent sprachen sich dahin aus, daß für den Fall der Subhastation im Interesse des Realcredits Ausnahmen von

---

[30]) Vgl. dazu Eck a. a. O. S. 245. In diesem Sinne sagt auch Blomeyer, Pachtrecht und Pachtverträge S. 258: „Bei der Subhastation handelt es sich um die Sicherstellung der Rechte Dritter, um ein Recht, welches der Verpächter selbst nach Kräften abzuwehren bemüht sein muß, um ein Nothrecht, welches, leider sehr tief in das Pachtrecht eingreifend, den Gläubigern nicht wohl vorenthalten werden, sicher aber keine weitere Ausdehnung finden kann."

[31]) Ebenso Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift 30 S. 396.

[32]) a. a. O. S. 245, 247.

[33]) a. a. O. S. 20, 33, 34.

Digitized by Google

dem Grundsatze „Kauf bricht nicht Miethe" gemacht werden müßten. Der Referent wünschte speciell eine Ausnahme für Pacht und Miethsverträge von besonders langer Dauer. Die Festsetzung der Termine wollte er der Landesgesetzgebung offen gehalten wissen.

Der Correferent betonte, daß aber auch hier der eingetragene Miether gewissen Gläubigern gegenüber geschützt werden müsse.

Von einer anderen Seite wurde darauf hingewiesen, daß der Pächter und der Miether im Falle der Subhastation die Möglichkeit habe, das Grundstück für sich zu erstehen, daß er sich auch vielfach auf den Fall der Subhastation wirthschaftlich einrichten könne.

Gegen Schluß der Debatte wurde dann von dem Reichsgerichts-Senatspräsidenten Dr. Drechsler nachdrücklichst betont, daß die brennende Frage in der That sei: wie soll es werden im Falle der Subhastation, im Falle des Concurses? Die Sache sei nicht entschieden, wenn nicht für Subhastation und Concurs praktische Bestimmungen vorgeschlagen werden können. Er halte hier den Schutz durch den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" nicht für ausreichend. Er erinnerte an den Schutz, den bei Pachtgütern eine Entschädigungsstipulation bieten könne. Im Uebrigen wolle es ihm nicht in den Sinn, die Miethe eines Landgutes und eines ganzen Hauses ebenso zu behandeln, wie die Miethe eines Zimmers oder anderer kleiner Localitäten.

Die Wichtigkeit der Frage wurde dann auch in dem Schlußworte des Referenten zugegeben. Er stimmte deshalb auch dem Wunsche zu, daß die Frage auf die Tagesordnung des nächsten Juristentages gesetzt werde.

Dieser Erwartung hat die ständige Deputation entsprochen, und so steht jetzt lediglich die Frage zur Begutachtung:

„Wie soll der Satz „Kauf bricht nicht Miethe" im Falle der Subhastation modificirt werden?"

Der Fall der Zwangsversteigerung von Mobilien[34]) scheidet aus. Hier sind Modificationen des „Kauf bricht nicht Miethe" einerseits nicht von Nöthen. Andererseits ist der im Besitz befindliche Miether gegen eine Pfändung ohne seine Zustimmung bereits durch das Reichsproceßrecht geschützt.

Ueber die Regelung der Materie in den bestehenden Rechten, insbesondere in dem gemeinen deutschen, österreichischen, preußischen, französisch-rheinischen, sächsischen, liv-, est- und kurländischen, schweizerischen,

---

[34]) Vgl. die Ausführung auf S. 389 und S. 445 meines früheren Gutachtens.

Digitized by Google

italienischen, holländischen, portugiesischen, skandinavischen Recht, sowie in dem hessischen, dem bayerischen und dem dresdener Entwurf ist in meinem früheren Gutachten das Erforderliche gesagt, und sind dort namentlich die Abweichungen angegeben, welche einzelne dieser Gesetzgebungswerke für den Fall der Zwangsversteigerung eintreten lassen.[35]) Besondere Beachtung verdienen dabei die Bestimmungen des portugiesischen Rechts.

Für das Deutsche Reichsrecht ist die Regelung nicht von dem bürgerlichen Gesetzbuch, sondern von dem in Aussicht gestellten Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung zu erwarten.[36])

Wie diese Ordnung ausfallen wird, ist, da der Entwurf dieses Gesetzes noch nicht veröffentlicht ist, nur aus der Anm. 1 zu § 1067 des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches zu entnehmen, welche die Bestimmung in Aussicht stellt, „daß die Zwangsverwaltung auf die Rechte des Miethers und des Pächters keinen Einfluß hat, diese Rechte vielmehr erst durch die Zwangsversteigerung, vorbehaltlich einer zu gewährenden Räumungsfrist oder Kündigungsfrist, zur Aufhebung gelangen". Was die voraussichtliche allgemeine Gestaltung der Zwangsversteigerung in dem zu erwartenden Entwurfe anbetrifft, so wird derselbe nach Anm. 1 Abs. 2 zu § 826 B.G.B. bestimmen:

> „daß im Falle der Zwangsversteigerung das Grundstück nur für ein solches Gebot zugeschlagen werden könne, durch welches sämmtliche Hypotheken und Grundschulden, die im Range dem Anspruche des das Verfahren betreibenden Gläubigers vorgehen, gedeckt erscheinen, und nach welchem die sonstigen dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte bestehen bleiben".

Der Entwurf wird sich also, wie es auch gar nicht anders zu erwarten war, dem von dem Juristentage wiederholt empfohlenen,[37]) inzwischen von der preußischen, sächsischen und bayerischen Gesetzgebung adoptirten Subhastations-System anschließen.

Derselbe wird in dieser Hinsicht keine oder doch sicherlich keine erfolgreiche Anfechtung erfahren, und es kann bei dem in dieser hier in Rede stehenden Specialfrage zu erstattenden Gutachten davon ausgegangen werden, daß jenes Subhastationssystem reichsrechtlich anerkannt werden wird.

---

[35]) S. 388, 395, 397, 399, 401, 404, 407, 408, 409, 411, 413, 419, 421, 422, 425. Vgl. a. Meibom a. a. O. S. 20. 26.

[36]) Vgl. Anm. 1 Abs. 3a zu § 826 B.G.

[37]) Vgl. Verhandlungen des 16. Juristentages Bd. 2, S. 73—101.

Digitized by Google

II. Gutachten.

Wenn sich im Allgemeinen der Grundsatz empfiehlt, daß Veräußerungen auf den Bestand von Pacht und Miethe keinen Einfluß haben, sofern die Sache dem Pächter oder Miether bereits vorher überlassen war, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch für den Fall der Versteigerung von Immobilien im Wege der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen dahin zu streben ist, diesem Grundsatze so weit Anerkennung zu verschaffen, als nicht aus der Besonderheit dieses Falles zu entnehmende rechtspolitische Gründe entgegenstehen.

Bei den bisherigen Erörterungen über diese Frage ist nur auf das Interesse der bei dem Verfahren betheiligten Gläubiger hingewiesen, der Realgläubiger, denen das Grundstück haftet, und der Personalgläubiger des Eigenthümers, sofern es sich um die Beitreibung einer bloß persönlichen Forderung handelt. Es ist aber zu fragen, ob nicht außerdem auch das Interesse des Erstehers eine besondere Berücksichtigung verdient, und mit der Prüfung dieses Punktes dürfte deshalb zu beginnen sein, weil derselbe in jedem Falle der Zwangsversteigerung zu beachten ist.

Hinsichtlich der theoretischen Auffassung der Zwangsversteigerung ist in neuerer Zeit ein entschiedener Fortschritt gemacht worden.[38]) Früher betrachtete man die Zwangsversteigerung, gleich der Expropriation, als eine besondere Art des Kaufvertrages. Es entsprach das dem Streben, alle Erscheinungen des Rechtslebens möglichst unter die Eintheilungen und Figuren des römischen Rechts unterzubringen, selbst da, wo es auf Kosten der Logik und der Wahrheit geschehen mußte.[39]) Eine Unterstützung fand dieses Vorgehen in dem bereits für die 12 Tafeln bezeugten Gebrauche, mit dem Worte Kauf jede Art von Veräußerung zu bezeichnen.[40])

Schon in älterer Zeit ist vereinzelt darauf hingewiesen,[41]) daß bei

---

[38]) Näheres bei Krech und Fischer, Commentar zum preußischen Gesetz vom 13. Juli 1883, S. 111 ff., 484 ff., 803. Vgl. Fischer, preußisches Privatrecht, S. 757, 763.

[39]) Vgl. Jhering, Besitzwille S. 310.

[40]) Fr. 29 § 1 D. de statu lib. 40, 7: lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videtur, nec interest, quo genere quisque dominus fiat.

[41]) Postius de subhast. insp. 66 n. 22: Judex, dum suum officium impertitur creditori exequenti, actorem non repraesentat, sed partibus iudicem se exhibet.

Digitized by Google

der Zwangsversteigerung überhaupt kein Vertrag und folgeweise auch kein Kaufvertrag abgeschlossen wird, daß es insbesondere an einem den Vertrag schließenden Verkäufer fehlt, daß es ein öffentlich-rechtlicher, einseitiger Act, ein Spruch mit staatlicher Autorität ist, welcher hier das Eigenthum auf den Ersteher überträgt und demselben Rechte und Pflichten gleich einem Käufer auferlegt.

Für das gemeine Recht wird dieselbe namentlich von Stobbe, Dernburg, Exner, Römer vertreten. Dernburg hat das Verdienst, dieselbe zuerst auch für das preußische Recht verfochten zu haben. Sie hat auch hier bereits an Boden gewonnen. Insbesondere hat auch Eccius[42]) jetzt seine frühere Meinung aufgegeben und zugestanden, „daß die Bezeichnung des Hergangs bei der Zwangsversteigerung als eines Kaufcontracts aufgegeben werden muß". Es darf mit großer Zuversicht erwartet werden, daß diese Auffassung der Zwangsversteigerung als eines Actes der Gerichtsbarkeit sich schließlich ebenso siegreich erweisen wird, wie die Auffassung der Expropriation als eines einseitigen Actes der Staatsverwaltung, welche die Annahme eines Zwangskaufvertrages, einer offenbaren contradictio in adjecto, immer mehr in den Hintergrund gedrängt hat.

Der dargelegte theoretische Unterschied zwischen dem Erwerb in der Zwangsversteigerung und dem Erwerb mittelst Kaufvertrages hat auch praktische Folgen. Insbesondere ist die rechtliche Stellung des Erstehers durch den Umstand, daß es an einem Verkäufer fehlt, beeinflußt. Mag auch in mehr oder weniger vollkommener Weise dafür gesorgt sein, daß die sonst dem Verkäufer obliegenden Pflichten hier anderen Personen, dem Schuldner oder dem Gläubiger, auferlegt sind,[43]) immerhin fehlt es an dem vertragsmäßigen persönlichen Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer.

Für die hier vorliegende Frage kommt das insofern in Betracht, als es den Kauflustigen bei der Zwangsversteigerung an der, bei dem freiwilligen Verkauf gegebenen, Möglichkeit fehlt, sich von dem Verkäufer vorher eine Erklärung darüber geben zu lassen, ob das zu erwerbende Grundstück vermiethet oder verpachtet ist, und welches die näheren Be-

---

[42]) Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts II § 130 A. 43. Daß gleichwohl die Grundsätze vom Kauf in gewissem Umfange auf die Wirkungen der Zwangsversteigerung Anwendung finden, wird von Niemandem, namentlich nicht von Dernburg oder von Krech und Fischer bestritten, und ist deshalb die Polemik, mit welcher Eccius seinen Rückzug zu decken sucht, gegenstandslos.

[43]) Vgl. Krech und Fischer a. a. O. S. 490 ff.

Digitized by Google

dingungen des Miethsverhältnisses, insbesondere hinsichtlich der Dauer und des Miethszinses, sind. Freilich können auch bei freiwilligen Verkäufen Täuschungen des Käufers stattfinden, sei es, daß die Vermiethung verheimlicht wird, sei es, daß im Gegentheil nicht bestehende Miethsverträge oder höhere Miethserträge vorgespiegelt werden. Der Fall, daß der venditor per collusionem imaginarium colonum circumveniendi emtoris causa supposuit, ist, wie Eck[44]) hervorgehoben hat, nicht nur im alten Rom, sondern auch im neuen Berlin ganz gewöhnlich. Aber immerhin ist der Verkäufer dem Käufer civilrechtlich verantwortlich und auch den Strafen des Betruges ausgesetzt. Außerdem kann sich der Käufer über die Zuverlässigkeit seines Mitcontrahenten unterrichten.

Ganz anders steht der Kauflustige bei der Zwangsversteigerung da. Freilich wird sich derselbe darüber, ob das Grundstück zur Zeit überhaupt vermiethet oder verpachtet ist, wohl Gewißheit verschaffen können, falls er vor dem Bietungstermin die erforderlichen Erkundigungen einzieht. Aber einerseits fehlt es ihm doch an Mitteln, über die Dauer und die näheren Bedingungen des Verhältnisses eine *zuverlässige* Auskunft zu erhalten. Andererseits pflegen im Bietungstermin häufig Kauflustige zu erscheinen, welche derartige Erkundigungen unterlassen. Falls nun in dem Bietungstermine sichere Angaben in dieser Beziehung nicht gemacht werden können, so geht der Ersteher, wenn man ihm das Aushalten der Pacht- und Miethsverträge unbedingt zur Pflicht macht, ein sehr gewagtes Geschäft ein. Es können hinterher Pacht- und Miethsverträge zum Vorschein kommen, deren Bedingungen das Grundstück *werthlos* machen. Einer solchen Eventualität darf aber der Ersteher nicht ausgesetzt werden. Auch würde darunter die Kauflust leiden, der Erlös würde in *allen* Fällen geringer werden, und zwar meistens ohne daß ein sachlicher Grund vorhanden ist. Es würden dadurch zugleich die Gläubiger geschädigt, und das öffentliche Interesse verletzt, welches an der Erzielung eines angemessenen Subhastationserlöses besteht.

Unter diesen Umständen dürfte es sich empfehlen, den Pächtern und Miethern die gesetzliche Pflicht aufzuerlegen, ihr Recht und die Dauer desselben vor oder in dem Versteigerungstermin anzumelden. Es würde räthlich sein, zu diesem Zwecke das Versteigerungsausschreiben den bei

---

[44]) a. a. O. S. 241. *Blomeyer*, Pachtrecht und Pachtverträge S. 246 kennt den Mißbrauch des Abschlusses von Scheinpachtverträgen, um Käufer zur Bewilligung eines hohen Kaufpreises geneigt zu machen, sogar in deutschen ländlichen Verhältnissen.

Digitized by Google

Gericht bekannten Pächtern und Miethern zuzustellen. Doch darf diese besondere Zustellung nicht zur Vorbedingung der Anmeldepflicht gemacht werden, weil alsdann der Zweck der Einrichtung nicht erreicht werden würde. Vielmehr sind alle Pächter und Miether zur Anmeldung zu verpflichten. Wenn vorgeschrieben wird, daß das Versteigerungsausschreiben mit der an die Pächter und Miether gerichteten Aufforderung zur Anmeldung auf dem Grundstück selbst sichtbar anzubringen ist, so dürfte die Gefahr, daß ein Pächter oder Miether aus Unkenntniß die Anmeldung unterläßt, nicht eben groß sein.

Die Anmeldung würde zunächst auf die Angabe der Dauer des Verhältnisses zu beschränken sein. Für den Fall, daß nähere Angaben über die Bedingungen des Verhältnisses, insbesondere über den Miethszins, erforderlich sind, würde ein besonderer Antrag und eine besondere Ladung des Miethers oder Pächters zu dem Versteigerungstermin vorzuschreiben sein.

Soweit die Pacht oder Miethe und ihre Dauer im Grundbuch eingetragen ist, bedarf es der Anmeldung nicht. Schon aus diesem Grunde würde es sich empfehlen, die Eintragung von Pacht und Miethe zwar nicht obligatorisch zu machen, aber doch auch dem Pächter und Miether diese Möglichkeit nicht zu nehmen, sein Recht für den Fall der Zwangsversteigerung offenkundig zu machen.[45])

Es würde dann im Weiteren zwischen den angemeldeten und eingetragenen Miethe- und Pachtverträgen und denjenigen Miethsverhältnissen zu unterscheiden sein, bei denen Eintragung und Anmeldung unterblieben sind. Bezüglich der ersteren würde es, wenn von dem Interesse der Gläubiger zunächst abgesehen wird, durchaus gerechtfertigt sein, die Fortdauer des Verhältnisses in dem eingetragenen bezw. angemeldeten Umfange zu statuiren. Wenn der Ersteher vor Abgabe des Gebots über die Pacht- und Miethsrechte, zu deren Uebernahme er verpflichtet ist, Gewißheit erhalten hat, so ist seinem Interesse, soweit es Berücksichtigung verdient, Genüge geleistet. Was dagegen die nicht angemeldeten oder eingetragenen Miethsrechte betrifft, so würde hier die Ausnahme von dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" zu statuiren sein, daß der Ersteher nicht schlechthin verpflichtet ist, diese Miethsverträge auszuhalten. Immerhin würde aber auch für diesen Fall bestimmt werden können, daß der Pächter oder Miether nicht sofort zu räumen hat, sondern daß er erst auf Kündigung zu den gesetzlichen Ziehzeiten und unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen abziehen muß, während bis

[45]) Vgl. mein früheres Gutachten S. 443.

Digitized by Google

dahin das Verhältniß in der vertragsmäßig bestimmten Weise mit dem Ersteher fortgesetzt wird. Eine solche Bestimmung, welche die meisten Subhastationsrechte bereits enthalten, ist durch die billige Rücksichtnahme auf den Pächter oder Miether geboten. Sie dürfte auch den Ersteher nicht in unbilliger, vorher unberechenbarer, Weise belasten. Auch der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches will diese Begünstigung des Pächters und Miethers unter allen Umständen eintreten lassen und insbesondere auch im Falle der Zwangsversteigerung gewähren.[46]) An eine Abänderung des Entwurfs zu Ungunsten der Pächter und Miether wird gewiß Niemand denken.

Nunmehr ist die zweite Frage zu prüfen, ob das Interesse der Gläubiger noch weitergehende Ausnahmen von unserem Grundsatze erfordert. In dieser Beziehung ist m. E. zwischen Personalgläubigern und Realgläubigern zu unterscheiden.

Die bloß persönlichen Gläubiger des Grundstückseigenthümers können einen weitergehenden Schutz, als er durch die in Vorstehendem befürwortete Ausnahme gegeben ist, nicht beanspruchen. Sie haben auch gegen freiwillige Veräußerungen, welche der Schuldner nach der Entstehung der Schuld vornimmt, nur dann einen Schutz, wenn die Veräußerung in der dem Erwerber bekannten Absicht vorgenommen ist, die Gläubiger zu benachtheiligen, oder wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, unter denen das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 die Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Beeinträchtigung der Zwangsvollstreckung gestattet. Dieser Schutz ist dem Personalgläubiger durch jenes Gesetz auch für den Fall gegeben, daß es sich nicht um eine vollständige Veräußerung, sondern um eine Verpachtung oder Vermiethung in fraudem creditorum handelt. Es dürfte sich aber nicht rechtfertigen lassen, demselben gegen Miethe und Pacht, welche seinen Zugriff bloß erschweren, einen weiteren Schutz zu geben, als gegen Veräußerungen, welche ihm die Gegenstände, aus denen er befriedigt werden könnte, ganz entziehen.

Dagegen bedürfen die Realgläubiger einer weitergehenden Sicherung. Bezüglich dieser trifft, wie ich bereits in meinem früheren Gutachten ausgeführt habe[47]), der Gesichtspunkt zu, daß sie sich auf den Inhalt des Grundbuchs müssen verlassen können. Es dürfen ihnen im Falle der Zwangsversteigerung im Allgemeinen nur solche Rechte

---

[46]) s. o. S. 334.

[47]) Vgl. S. 444, 446, 447.

Digitized by Google

vorgehen, welche bereits zur Zeit der Eintragung ihres Rechts aus dem Grundbuche ersichtlich waren. Ausnahmen werden sich freilich nicht ganz vermeiden lassen. Auch das bestehende preußische Subhastationsrecht kennt, wie ich bereits dargelegt habe, solche Ausnahmen zu Gunsten gewisser Lasten und bezüglich der Grundgerechtigkeiten. Indessen ist es durchaus erforderlich, daß sich diese Ausnahmen auf das Nothwendigste beschränken, und daß sie so normirt werden, daß ihr größter Umfang sich einigermaßen übersehen läßt, wie dies in der preußischen Subhastationsgesetzgebung durch Beschränkung des Vorzuges der meisten nicht eingetragenen Realrechte auf die Leistungen aus den letzten zwei Jahren erreicht ist.

Diese Anforderungen müssen im Interesse der Erhaltung des Realcredits gestellt werden. Die Förderung des gesunden Realcredits ist ein gesetzgeberisches Ziel, welches dem Streben nach Erhaltung des Miethers und des Pächters in ihrer Rechtsstellung im Allgemeinen nicht nachzustehen hat.

Von diesem Standpunkte aus ist die Forderung erhoben, daß, wenn ein Realgläubiger die Zwangsversteigerung betreibt, der Ersteher an die bestehenden Pacht- und Miethsverträge nicht gebunden sein dürfe. Grundsätzlich wird man sich auch auf diesen Standpunkt zu stellen haben. Aber es sind Modificationen im Interesse des Pächters und Miethers möglich, ohne daß dadurch die berechtigten Interessen des Realcredits geschädigt würden. Zunächst wird es auch für diesen Fall angängig sein, dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs darin zu folgen, daß der Ersteher kündigen und die gesetzlichen Räumungsfristen wahren muß. Eine solche Fortdauer der Pacht- und Miethsverhältnisse innerhalb festbestimmter kurzer Zeiträume muß der Realcredit ebenso wohl ertragen können, als das Vorrecht des Wirthschaftsgesindes und der gemeinen Lasten und öffentlichen Abgaben.

Im Weiteren ist für den Fall, daß das Miethsverhältniß im Grundbuch eingetragen ist, eine Ausnahme von dem Grundsatze „Kauf bricht nicht Miethe“ im Interesse des Realcredits nur dann erforderlich, wenn der betreibende Realgläubiger dem Miethsrechte im Range vorgeht. Ist sein Pfandrecht jünger als die Eintragung des Miethsverhältnisses, so würde der Ersteher in die Pacht- und Miethsverhältnisse ebenso einzutreten haben, wie im Falle der Subhastation auf Betreiben eines Personalgläubigers. Eine Verstärkung des Realcredits auf Kosten bereits bestehender, aus dem Grundbuche ersichtlicher Pacht- und Miethsrechte läßt sich nicht rechtfertigen.

Digitized by Google

In dieser Möglichkeit der Collision mit später entstandenen Realrechten liegt zugleich ein weiterer — und zwar der triftigste — Grund für die Gestattung der Eintragung von Pacht und Miethe.

Endlich ist aber auch für den Fall, daß ein im Range vorgehender Realgläubiger die Zwangsversteigerung betreibt, noch eine Möglichkeit gegeben, Pacht und Miethe bestehen zu lassen, ohne die vorhergehenden Realgläubiger zu schädigen.

Es ist unter Umständen sehr wohl möglich, daß die Pflicht zur Uebernahme eines Pacht- und Miethsverhältnisses durchaus nicht herabstimmend auf die Gebote einwirkt. Gute, leistungsfähige Pächter und Miether mit angemessenem, wenn nicht hohem Pacht- und Miethszinse zu haben, ist manchem Erwerber sogar von Werth. So ist es z. B. bekannt, daß die hannoverische Klosterkammer, welche in neuerer Zeit auch in Pommern vielfach Grundbesitz erworben hat, Güter in der Regel nur dann ankauft, wenn ihr in dem bisherigen Eigenthümer oder einer anderen Person ein tüchtiger Pächter gesichert ist. In anderen Fällen wird freilich das Bestehen eines minder günstigen Pacht- oder Miethsverhältnisses das Gebot drücken. Aber es ist dennoch möglich, daß durch den Mindererertrag die Befriedigung der dem Pächter oder Miether im Range vorgehenden Realgläubiger nicht beeinträchtigt wird.

Unter diesen Umständen würde sich ein doppeltes Ausgebot empfehlen, einmal unter Uebernahme des dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Pacht- oder Miethsverhältnisses, und sodann ohne eine solche Uebernahme. Würde sich dabei herausstellen, daß das Meistgebot für den ersteren Fall nicht niedriger ist, als das im zweiten Fall abgegebene, so wäre ein Grund, das Pacht- oder Miethsverhältniß zur Auflösung zu bringen, nicht vorhanden. Ebenso wäre der Zuschlag zu dem für den ersteren Fall abgegebenen niedrigeren Gebote dann zu ertheilen, wenn die Befriedigung aller dem Pacht- und Miethsrechte im Range vorgehenden Realgläubiger auch bei diesem Gebote gesichert erscheint.

Ein derartiges Verfahren ist für den Fall, daß die, regelmäßig ein Wohnungsrecht enthaltende und nicht selten auch zur Nutzung eines Ackers berechtigende, Leibzucht (Altentheil) oder eine andere dauernde Last oder eine Grundgerechtigkeit in Frage steht, bereits in dem preußischen Subhastationsrecht mit gutem Erfolge eingeschlagen.

§ 60 des preußischen Subhastationsgesetzes vom 13. Juli 1883 verordnet: „Steht dem Anspruche des Gläubigers eine dauernde Last nach, welche auf den Ersteher nicht von selbst übergeht, so ist die Uebernahme derselben als Kaufbedingung festzustellen, jedoch nur für den Fall,

Digitized by Google

daß die vorgehenden Interessenten durch den Zuschlag für ein unter dieser Bedingung abgegebenes Gebot nicht benachtheiligt werden.

Steht dem Anspruche des Gläubigers eine Grundgerechtigkeit nach, so ist auf Antrag eines derselben vorgehenden Interessenten das Erlöschen der Grundgerechtigkeit als Kaufbedingung festzustellen, jedoch nur für den Fall, daß der Antragsteller durch den Zuschlag für ein ohne diese Bedingung abgegebenes Gebot benachtheiligt werden würde.

Ob der Fall der Zulässigkeit dieser Bedingungen vorliegt, ist durch besonderes Ausgebot festzustellen."[48])

Aehnlich bestimmt Art. 57 des bayerischen Subhastationsgesetzes vom 23. Februar 1879: „Ruht auf dem beschlagnahmten Grundstücke eine dingliche Last, gegenüber welcher Hypotheken den Vorzug haben, so ist das Grundstück, wenn die Versteigerung desselben mit der Last nicht einen diese Hypotheken unzweifelhaft deckenden Erlös ergeben hat, frei von der Last zur Versteigerung zu bringen, ohne daß es hierzu eines Antrages der Hypothekengläubiger oder der Ankündigung in der Versteigerungsbekanntmachung bedarf. Dabei sind nur Gebote zulässig, welche den bei der ersten Versteigerung erzielten Kaufpreis übersteigen."[49])

Ebenso kennt auch das sächsische Recht das doppelte Ausgebot.

§ 519 des bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt: „Gläubiger, deren Hypothek dem Auszuge, der Leibrente oder dem eisernen Capitale dem Alter nach vorgeht, sind, wenn sie nicht in die Belegung des Grundstückes mit diesen Lasten eingewilligt haben, berechtigt, daß das Gericht die Zwangsversteigerung unter Annahme doppelter Gebote, einmal auf das Grundstück mit der Last des Auszuges, der Leibrente oder des eisernen Capitals, sodann auf das Grundstück ohne diese Lasten bewerkstellige. Ergiebt sich, daß die älteren hypothekarischen Gläubiger durch Ueberweisung dieser Lasten an den Ersteher benachtheiligt werden, so ist das Grundstück ohne dieselben dem Ersteher zuzuschlagen, im entgegengesetzten Falle die Versteigerung mit diesen Lasten fortzusetzen."

Dazu sagt § 528: „Hypothekarische Gläubiger, welche einer durch Vertrag oder letzten Willen bestellten Dienstbarkeit dem Alter nach vorgehen, können im Falle einer Zwangsversteigerung das im § 519 bestimmte Verfahren verlangen.[50])

---

[48]) Vgl. im Näheren Krech und Fischer a. a. O. S. 366 ff., 327, 489.

[49]) Ein verwandter Fall auch in Art. 16 d. Ges. v. 29. Mai 1886. — Vgl. im Näheren Ortenau, Commentar, S. 196 ff.

[50]) Vgl. auch §§ 6 und 22 des Subhastationsgesetzes vom 15. August 1884.

Digitized by Google

Vermuthlich wird auch der Entwurf der deutschen Subhastationsordnung eine ähnliche Bestimmung enthalten. Es dürfte dann nichts im Wege stehen, dieselbe auch auf den Fall von Pacht und Miethe anwendbar zu machen.

Hiernach dürfte folgende Modification des Satzes „Kauf bricht nicht Miethe" zu empfehlen sein:

> Im Falle der Versteigerung von Immobilien im Wege der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen dauern Pacht und Miethe nur bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungs- oder Räumungsfrist:
>
> 1. wenn das Pacht- oder Miethsrecht weder angemeldet noch eingetragen ist,
> 2. wenn die weitergehende Berücksichtigung des eingetragenen oder angemeldeten Pacht- und Miethsrechts einem diesem Rechte im Range vorgehenden Realgläubiger Nachtheil bringen würde.

Wenn die vorstehend empfohlene Regelung angenommen wird, so ist es nicht nothwendig, einen Unterschied zwischen der Miethe eines ganzen Hauses und der Zimmermiethe, zwischen der Gutspacht und der Pacht eines einzelnen kleinen Grundstücks zu machen.[51])

Es ist ganz richtig, daß das wirthschaftliche Bedürfniß nach einem Schutz gegen Austreibung bei der Zimmermiethe und der Pacht eines kleinen Ackerstückchens nicht so dringend ist, wie in den anderen Fällen. In den meisten Fällen der Zimmermiethe wird die Frage auch gar nicht praktisch werden. Der Chambregarnist miethet in der Regel auf einen Monat. Dann kann von der Frage, ob Kauf Miethe brechen soll oder nicht, überhaupt nicht die Rede sein. Es kann aber ausnahmsweise doch Fälle geben, in denen die dauernde Benutzung auch eines kleinen Raumes oder eines kleinen Grundstückes für den Miether oder Pächter von dem größtem Werthe ist, so daß derselbe dazu übergeht, sich die Benutzung durch einen auf längere Zeit abgeschlossenen Vertrag zu sichern oder das Miethsrecht eintragen zu lassen. Es geschieht das z. B. in Fällen, in denen der Verkäufer sich eine Miethswohnung in seinem früheren Eigenthum reservirt, um zeitlebens die ihm liebgewordenen Räume behalten zu dürfen. Es ist nun nicht abzusehen, weshalb nicht auch in solchen Fällen dem Ersteher die Uebernahme des eingetragenen oder angemeldeten Miethsrechts zur Pflicht gemacht werden

---

[51]) S. o. S. 333.

Digitized by Google

soll, sofern dadurch nicht die im Range vorgehenden Realgläubiger geschädigt werden.

Auch eine besondere Ausnahme für Miethe- und Pachtverträge von besonders langer Dauer scheint mir nicht erforderlich. Die Frage, ob es sich im Allgemeinen empfiehlt, für Miethe- und Pachtverträge ein Maximum der zulässigen Dauer festzusetzen, ist hier nicht zu erörtern. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches beantwortet dieselbe dahin, daß ein Miethsvertrag, der nicht auf Lebenszeit geschlossen ist, nach Ablauf von 30 Jahren gekündigt werden kann (§ 523). Es ist dabei freilich nicht zum Ausdruck gebracht, daß die Parteien auf dieses Kündigungsrecht nicht verzichten können. Dennoch wird man dieses wohl anzunehmen haben, weil sonst die Vorschrift ihren Zweck verfehlen würde.

Eine solche allgemeine Vorschrift über die höchste Dauer des Miethsverhältnisses behält natürlich ihre Bedeutung auch in dem Falle, daß in Folge der Zwangsversteigerung ein neuer Eigenthümer in den Vertrag eingetreten ist.

Für diesen Fall aber noch eine besondere kürzere Dauer festzusetzen, über welche hinaus der Ersteher den Vertrag nicht auszuhalten braucht, dürfte sich nicht empfehlen. Pachtverträge von 21 und 24 Jahren sind bei uns nicht selten, und es ist durchaus nothwendig, solche Pächter für die Gesammtdauer der Pachtperiode zu schützen, wenn nicht die Interessen vorgehender Realgläubiger dadurch geschädigt werden.

Die italienische, portugiesische und spanische Gesetzgebung haben Miethsverträge von längerer Dauer (über 9, 4, 6 Jahre) nur insoweit besonders behandelt, als sie hier Eintragung erfordern, während, wenigstens die beiden zuerst genannten Rechte, bei kürzerer Dauer derselben auch im Falle der Zwangsversteigerung volle Wirkung ohne Eintragung geben. Wenn, wie hier vorgeschlagen ist, auch Miethsverträge von kürzerer Dauer den im Range vorgehenden Realgläubigern gegenüber nicht wirksam sein sollen, so bedarf es dieser Bestimmungen nicht.

Bisher handelte es sich nur um die Zwangsversteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung. Es sind nunmehr die übrigen Fälle von Immobiliarzwangsversteigerung zu prüfen. Zunächst der Fall des Concurses.

Nach § 116 der Concursordnung kann der Concursverwalter die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände betreiben.[52])

[52]) Vgl. auch §§ 180—183 des preußischen Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883.

Digitized by Google

Er hat dabei lediglich das Interesse der Concursgläubiger, also der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners, wahrzunehmen. Es folgt daraus, daß der Fall gerade so zu behandeln ist, wie die von einem Personalgläubiger betriebene Zwangsvollstreckung. Die Gesammtheit der persönlichen Gläubiger kann in dieser Richtung keine weiteren Befugnisse beanspruchen, wie der einzelne Gläubiger. Es wäre also auch in diesem Falle das Verlangen der Anmeldung der nicht eingetragenen Miethsrechte aufrecht zu erhalten, im Uebrigen aber keine Ausnahme von dem Grundsatze „Kauf bricht nicht Miethe" zu gestatten.

Tritt der Zwangsversteigerung ein Realgläubiger als betreibender Gläubiger bei, so müssen natürlich die Modificationen eintreten, welche für den Fall der Zwangsvollstreckung wegen einer Realschuld empfohlen sind.[53])

Nach § 17 Z. 2 der Concursordnung soll die freiwillige Veräußerung einer verpachteten oder vermietheten Sache des Gemeinschuldners durch den Concursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung, sowie auf die Dauer des Vertrages ebenso wirken wie eine Zwangsversteigerung.

Bei näherer Prüfung kann ich die Aufrechterhaltung dieser Bestimmung nicht empfehlen, wenn nicht dafür Sorge getragen wird, daß auch bei dem freiwilligen Verkauf eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der nicht eingetragenen Miethe- und Pachtrechte stattfindet. Läßt sich das nicht durchführen, so wäre die Bestimmung zu streichen. Es würde dann bei dem freiwilligen Verkauf durch den Concursverwalter keine Modification des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" eintreten. Es besteht dafür auch in den meisten Fällen wohl kein Bedürfniß, da der Verwalter regelmäßig in der Lage sein wird, über die vorhandenen Pacht- und Miethsverhältnisse die nothwendigen Erkundigungen einzuziehen und dann dem Kauflustigen zuverlässige Auskunft zu geben.

Sollten ausnahmsweise Schwierigkeiten in dieser Richtung entstehen, so verbliebe dem Verwalter immer noch der Weg der Zwangsversteigerung, welcher ja auch in den weitaus meisten Fällen dieser Art praktisch eingeschlagen wird.

Das preußische Subhastationsrecht giebt auch dem Beneficialerben und dem Nachlaßpfleger das Recht, die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks zu betreiben.[54])

---

[53]) Vgl. auch § 183 des gedachten Gesetzes.

[54]) § 184 d. G. v. 13. Juli 1883.

Digitized by Google

Ob das Reichsrecht diesen Fall der Zwangsversteigerung übernehmen wird, läßt sich aus dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches nicht entnehmen.

Der Fall ist dem Falle der Zwangsversteigerung auf Betreiben des Concursverwalters sehr ähnlich. Der einzige im preußischen Recht gemachte Unterschied, welcher für unsere Frage in Betracht kommen dürfte, besteht darin, daß Baarzahlung des ganzen Meistgebots ohne Uebernahme der Realrechte zur Bedingung gemacht werden kann.

Der Zweck dieser Bestimmung ist, die Nachlaßregulirung bezüglich derjenigen persönlichen Verbindlichkeiten des Erblassers zu erleichtern, für welche zugleich ein Realrecht (Hypothek) besteht. Durch die Baarzahlung wird mit dem Realrecht zugleich die persönliche Schuld oder der entsprechende Theil derselben getilgt, während im Falle der Uebernahme der Hypothek durch den Ersteher zunächst der Nachlaß für die ganze persönliche Schuld verhaftet bleiben würde.

Aus diesem Zweck der Bestimmung ergiebt sich zugleich, daß es nicht räthlich ist, dieselbe auf Miethsrechte etwa in der Weise auszudehnen, daß der Nichtübergang des Miethsrechts zur Bedingung gemacht, und vom Miether nur eine Entschädigung liquidirt werden könnte. Denn eine solche Regel ist im Interesse der Nachlaßregulirung nicht geboten.

Daher ist dieser Fall, wenn derselbe in das Reichsrecht übergehen sollte, hinsichtlich unserer Frage ebenso zu behandeln, wie die Zwangsversteigerung im Concurse.

Nach § 769 Abs. 3 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches soll der Verkauf eines Grundstücks zum Zwecke der Auseinandersetzung der Miteigenthümer nach den Vorschriften über die Zwangsversteigerung von Grundstücken erfolgen. Ob die Subhastationsordnung für diesen Fall besondere Vorschriften erhalten wird, ist in dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches nicht angegeben.

Das preußische Subhastationsrecht[55]) hat in diesem Falle ganz erhebliche materielle Abweichungen festgesetzt, welche auch für die hier in Rede stehende Frage von Einfluß sind. Der Ersteher kann zwar auf der einen Seite verlangen, daß das Grundstück frei von allen dinglichen Rechten auf ihn übergeht. Es unterbleibt deshalb auch die Festsetzung eines geringsten Gebots. Der Zuschlag erfolgt für jedes Meistgebot. Auf der anderen Seite bringen aber — von einer hier kaum in Betracht

[55]) § 185 d. G. v. 13. Juli 1883.

Digitized by Google

kommenden Ausnahme abgesehen — Zwangsversteigerung und Zuschlag die Realrechte nicht zum Untergang. Die Realberechtigten werden überhaupt zu dem Verfahren gar nicht zugezogen. Es ist vielmehr Sache der Miteigenthümer, das Grundstück freizuschaffen.

Sollte die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung auch reichsrechtlich so oder in ähnlicher Weise gestaltet werden, so würde in diesem Falle jede Modification des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" wegfallen. Da die Realberechtigten zu dem Verfahren nicht zugezogen werden, so kann auch den Miethern und Pächtern nicht wohl die Pflicht zur Anmeldung ihrer Rechte auferlegt werden. Ein Beitritt eines Realgläubigers ist hier ausgeschlossen. Von einem Zurückstehen des Miethers gegenüber einem solchen kann daher ebenfalls nicht die Rede sein.

In den übrigen, im preußischen Recht vorkommenden, besonderen Fällen der Zwangsversteigerung[56]) kann die Frage, ob Kauf Miethe brechen soll, nach Lage der Verhältnisse kaum in Betracht kommen. Jedenfalls brauchen diese seltenen Fälle bei einer principiellen Lösung der Frage nicht berücksichtigt zu werden.

Wird in Folge der hier empfohlenen Modificationen des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" der Miether oder Pächter genöthigt, vor Ablauf seiner Mieth- oder Pachtperiode abzuziehen, so muß ihm in allen Fällen seine Schadenersatzforderung gegen den Verpächter oder Vermiether verbleiben.

Es wird — namentlich bei der Gutspacht — durchaus zu empfehlen sein, daß sich der Pächter bei Abschluß des Pachtvertrages eine ausreichende Entschädigung für den Fall ausbedingt, daß er in Folge einer Zwangsversteigerung früher abziehen muß, und daß er sich diese Summe durch Eintragung einer Hypothek sichert.[57]) Die Eintragung des Pachtrechts kann diese Hypothek nicht ersetzen.[58]) Eine solche Sicherung wird auch in den meisten Fällen der Gutspacht zu erreichen sein und den Pächter, sofern das Gut noch nicht zu sehr belastet war, einigermaßen schützen. Aber man wolle nicht so weit gehen, diese Möglichkeit als in allen Fällen der Pacht und Miethe vorhanden hinzustellen oder gar

---

[56]) §§ 186, 187 des Ges. v. 13. Juli 1883.

[57]) Ueber die Grundsätze, nach denen eine Entschädigung festzusetzen ist, vgl. Blomeyer, Pachtrecht und Pachtverträge S. 259 ff.

[58]) Insofern ist die Bemerkung S. 445 Z. 5 v. o. des früheren Gutachten zu berichtigen.

Digitized by Google

aus derselben einen Grund für den Grundsatz „Kauf bricht Miethe“ zu entnehmen.

Wenn Bähr die Rechtfertigung dieses Grundsatzes durch die Bemerkung der Motive zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches, daß sich ja der Miether zu seinem Schutze eine Hypothek an dem Grundstücke bestellen lassen könne, eine „überaus klägliche“ genannt hat, und Eck dieselbe „ungereimt“ findet, so haben sie davon nichts zurückzunehmen.[59])

Erst nach Fertigstellung des Gutachtens sind dem Verfasser die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes eines Reichsgesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (sc. wegen einer Geldforderung) zugänglich geworden.

Der Entwurf entspricht bezüglich derjenigen beiden Punkte, von denen dieses Gutachten seinen Ausgang nehmen mußte, den mitgetheilten Ankündigungen in den Anmerkungen zu den §§ 826, 1067 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Den Grundsatz der Deckung und Uebernahme vorgehender Realrechte enthalten folgende Bestimmungen:

§ 59. Bei der Versteigerung wird nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches die dem Anspruche des Gläubigers vorgehenden Rechte, sowie die aus dem Versteigerungserlöse zu entnehmenden Kosten des Verfahrens gedeckt werden (geringstes Gebot).

§ 66. Soweit nicht das Meistgebot durch Zahlung berichtigt werden soll, werden die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Rechte an dem Grundstücke in der Weise gedeckt, daß sie ohne Anspruch des Erstehers auf Gewährleistung bestehen bleiben.[60])

Gegen diese Bestimmungen ist, soweit es auf die hier erörterte Frage ankommt, nichts zu erinnern.

---

[59]) Der Aufsatz von Boyens, Miethe und Pacht (Gutachten aus dem Anwaltstande S. 693 ff.) ist mir erst nach Abschluß dieses Gutachtens zugegangen. Derselbe vertritt den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe“ und erörtert die Durchführung desselben im Einzelnen, insbesondere auch die im Falle der Subhastation gebotenen Modificationen. Die in der vorigen Anmerkung gegebene Berichtigung entspricht einer in diesem Aufsatze gemachten Erinnerung. Insoweit diese Schrift für einen Anschluß der Einzelregelung an den code civil (B. sagt constant civile) eintritt, kann ich nicht beistimmen. Der Standpunkt des code ist eine Halbheit, für welche zudem nur doctrinäre, nicht aber praktische Gründe geltend gemacht werden.

[60]) Vgl. dazu die §§ 371, 373, 378 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Digitized by Google

Den Einfluß der Zwangsversteigerung auf Pacht und Miethe regelt § 141: „Ist das versteigerte Grundstück vermiethet oder verpachtet, so finden auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem Miether oder Pächter und dem Ersteher die Vorschriften der §§ 509, 511, 532, 537 des bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung.

Die nach dem § 794 des Bürgerlichen Gesetzbuches dem Ersteher gebührenden Forderungen wegen Miethzinsen und Pachtzinsen aus der Vermiethung oder Verpachtung des Grundstücks gehen mit den Zuschlage auf den Ersteher über.

Sind die Miethzinsforderungen oder Pachtzinsforderungen wegen des Anspruchs aus einer an dem Grundstücke bestehenden Reallast, Hypothek oder Grundschuld in Beschlag genommen, so finden die Vorschriften des § 1069 Abs. 2 des bürgerlichen Gesetzbuches zu Gunsten des Erwerbers mit der Maßgabe Anwendung, daß der Ersteher an die Stelle des Gläubigers tritt, zu dessen Gunsten die Beschlagnahme erfolgt ist. Im Sinne dieser Vorschrift steht die Ertheilung des Zuschlags der Beschlagnahme zu Gunsten des Gläubigers gleich, auf deren Antrag die Versteigerung erfolgt ist."

Der erste Absatz dieser Bestimmung bedarf schon deshalb einer Aenderung, weil die in demselben angeführten Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere § 509, zweifellos geändert werden. Wenn die in diesem Gutachten entwickelten Anschauungen Billigung finden, so muß zunächst die Frage geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen Pacht und Miethe unverändert bestehen bleiben. Sodann ist für die Fälle, in denen diese Voraussetzungen nicht zutreffen, die Verpflichtung des Erstehers zur Einhaltung der gesetzlichen Kündigungs- oder Räumungsfristen auszusprechen.

Was die in dem Gutachten geäußerte Vermuthung betrifft, daß die neue Subhastationsordnung auch eine dem § 60 der preußischen Subhastationsordnung entsprechende Bestimmung enthalten werde, so ist derselben theilweise durch die §§ 76, 77 des Entwurfes entsprochen werden. Es besagen:

§ 76: „Jeder Betheiligte kann eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung des geringsten Gebotes, sowie der Versteigerungsbedingungen verlangen, sofern diejenigen Betheiligten zustimmen, deren Rechte durch die Abweichung berührt werden.

Ist es ungewiß, ob die Rechte eines Betheiligten durch die Abweichung berührt werden, so ist auf Antrag das Grundstück sowohl mit den verlangten Bedingungen als ohne dieselben auszubieten."

Digitized by Google

§ 77: „Verlangt ein Betheiligter, dessen Recht an dem Grundstück nicht nach den Vorschriften des § 66 bestehen bleibt, und nicht in einer Hypothek oder Grundschuld besteht, daß das Fortbestehen dieses Rechts bestimmt werde, so ist die Zustimmung eines im Range nachstehenden Betheiligten nicht erforderlich."

Diese Bestimmungen sind zur Durchführung der hier empfohlenen Ermittelung, ob das Fortbestehen eines angemeldeten oder eingetragenen Pacht- oder Miethsrechts einem im Range vorgehenden Realgläubiger Nachtheil bringen würde, viel weniger geeignet, als der § 60 des preußischen Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetzes, welcher durch eine ganz unerhebliche Modification dazu passend gemacht werden könnte.

Zunächst ist zur Herbeiführung des doppelten Aufgebots, mit und ohne Uebernahme von Pacht und Miethe, ein besonderer Antrag des Pächters oder Miethers nicht zu erfordern. Die Frage ist schon bei der Berathung des preußischen Subhastationsgesetzes von 1883 eingehend erörtert worden.[61]) Vor Erlaß dieses Gesetzes war man auf Grund des § 47 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872, welcher die Frage freilich nicht unzweideutig entschied, der Ansicht gewesen, daß ein solcher Antrag nicht erforderlich wäre. Als nun der Regierungsentwurf des neuen Gesetzes den Antrag einführen wollte, erhob die Commission des Herrenhauses mit Erfolg Widerspruch. Maßgebend war dabei freilich in erster Linie die Rücksicht auf die durch den Altentheil (Leibzucht) gewährte Altersversorgung des Bauernstandes. Indeß wenn einmal der Grundsatz angenommen ist, die Subhastation unter möglichster Schonung aller bestehenden Rechte Dritter durchzuführen, so ist nicht abzusehen, warum nicht das Gericht gehalten sein soll, schon von Amtswegen das zur Erreichung des gesteckten Zieles am meisten geeignete Verfahren einzuschlagen.

Weit hinderlicher ist dem hier angestrebten Verfahren aber die Bestimmung, daß zur Festsetzung der Bedingung der Uebernahme von Pacht und Miethe die Zustimmung aller im Range vorstehenden Betheiligten, deren Rechte durch diese Bedingung berührt werden, erforderlich ist, und daß ein doppeltes Aufgebot mit und ohne diese Bedingung nur stattfinden darf, wenn es ungewiß ist, ob die Rechte desselben durch jene Bedingung „berührt" werden.

Der von dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches mehrfach gebrauchte Ausdruck „berührt werden" ist zwar nicht, wie Dernburg[62])

[61]) Vgl. Krech und Fischer, Commentar zur Zw.-O. S. 367.

[62]) Verhandlungen des 19. Juristentages III S. 113.

Digitized by Google

glaubte, ein in der bisherigen Gesetzessprache ganz unbekannter. Er kommt z. B., worauf schon Krech[63]) hingewiesen hat, im § 45 der preußischen Subhastationsordnung vor. Gleichwohl ist derselbe kein fester eingebürgerter, und es liegt sehr nahe, daß derselbe mit „benachtheiligt werden" verwechselt wird. In Wirklichkeit besagt er, daß die Möglichkeit einer Benachtheiligung nicht ausgeschlossen sei, ohne daß es darauf ankommt, ob dem Betheiligten hinterher wirklich ein Nachtheil erwächst.[64])

Gerade diese richtige Auffassung steht nun aber dem hier gewünschten doppelten Ausgebot entgegen. Denn die Möglichkeit, daß die vorstehenden Realgläubiger durch die Festsetzung der Uebernahme von Pacht und Miethe benachtheiligt werden, liegt in jedem Falle vor. Eine Ungewißheit besteht in dieser Beziehung nicht.

Wäre dagegen die preußische Fassung der Voraussetzung, „daß die vorgehenden Interessenten durch den Zuschlag für ein unter der Bedingung der Uebernahme abgegebenes Gebot nicht benachtheiligt werden", beibehalten, so könnte das doppelte Ausgebot stets stattfinden, da die wirkliche Benachtheiligung in jedem Falle ungewiß ist.

Als besondere Fälle der Zwangsversteigerung behandelt der Entwurf nur die Zwangsversteigerung auf Antrag des Concursverwalters und die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft. Die übrigen Fälle des preußischen Rechts, insbesondere die Subhastation auf Antrag des Beneficialerben und des Nachlaßpflegers, scheiden also aus.

Die Regelung, welche der Fall der Zwangsversteigerung im Concurse gefunden hat (§§ 226—228 des Entwurfs) giebt hier zu Bemerkungen keinen Anlaß.

Die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 229—232) ist insoweit abweichend vom preußischen Recht geordnet, als auch in diesem Falle die Vorschriften über die Festsetzung des geringsten Gebots Anwendung finden, und zwar in der Weise, daß sämmtliche an dem ganzen Grundstücke bestehenden Rechte (auf die Belastungen der Antheile der einzelnen Miteigenthümer kommt es hier nicht an) durch das geringste Gebot gedeckt werden müssen.

Auch bei dieser Regelung des Falles, deren Kritik nicht zu der hier zu lösenden Aufgabe gehört, wird man eine Modification des Grundsatzes

---

[63]) Die Rechte an Grundstücken, Heft 14 von Bekker und Fischer, Beiträge S. 92.

[64]) Krech a. a. O., Krech und Fischer, Commentar zur Zw.-O. S. 327.

Digitized by Google

„Kauf bricht nicht Miethe" nicht zu befürworten haben. Der Ersteher muß die bestehenden Pacht- und Miethsrechte einfach aushalten. Eine Anmeldung nicht eingetragener Pacht- und Miethrechte würde allerdings auch hier im Interesse des Erstehers liegen. Auf der anderen Seite ist in diesem Falle der Realcredit nicht dabei interessirt, daß dem Ersteher eine recht sichere Stellung verschafft wird, und man könnte deshalb die Frage aufwerfen, weshalb derselbe vor einem Käufer im Wege freiwilliger Veräußerung bevorzugt werden soll[65]). Die Miteigenthümer wissen, ob, wie lange und unter welchen Bedingungen das Grundstück verpachtet oder vermiethet ist. Wenn ihnen die Pflicht auferlegt wird, in den Kaufbedingungen darüber das Erforderliche mitzutheilen, so daß sie im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ihrer Angaben haften, so dürfte damit wohl allen Anforderungen der Gerechtigkeit gegenüber dem Ersteher genügt sein. Indessen dürfte es auch nicht allzuviel verschlagen, wenn der Gleichförmigkeit wegen auch in diesem Falle die Anmeldung nicht eingetragener Pacht und Miethsrechte verlangt würde.

---

[65]) Es ist dabei auch in Betracht zu ziehen, daß diese Art der Zwangsversteigerung trotz ihrer engen Anlehnung an die Zwangsvollstreckung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugerechnet werden muß. Sie läßt sich weder unter die ordentliche noch unter die besondere streitige Gerichtsbarkeit unterbringen, wie dieselben gegenwärtig durch das Reichsproceßrecht abgegrenzt sind. (Vgl. Krech und Fischer a. a. O. S. 825. Fischer, preußisches Privatrecht S. 223.) Correcter Weise müßten deshalb die betreffenden Bestimmungen in dem Gesetze über das Verfahren in freiwilliger Gerichtsbarkeit stehen, namentlich wenn die Normen über die Zwangsvollstreckungssubhastation in die C.P.O. gebracht würden, wohin sie doch eigentlich gehören. (Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, Heft 6 von Bekker und Fischer Beiträge S. 15.) — Für freiwillige Subhastationen können natürlich Modificationen des Satzes „Kauf bricht nicht Miethe" nicht in Frage kommen.

Ex, G. a, a

Druck von Leonhard Simion, Berlin SW.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google